

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría Profesional en Derecho de la Contratación Pública

**Problemas en la ejecución de los contratos de obra pública derivados  
de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra  
emitidas por el administrador del contrato**

María Paulina Murgueitio Fuentes

Tutor: Juan Francisco Díaz Colmachi

Quito, 2022





## Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, María Paulina Murgueitio Fuentes, autora del trabajo titulado “Problemas en la ejecución de los contratos de obra pública derivados de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra emitidas por el administrador del contrato”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho de la Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.
2. Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.
3. Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

1 de febrero de 2022

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

Esta tesis analiza los problemas que se suscitan durante la ejecución de los contratos de obra pública derivados de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra emitidas por el administrador del contrato. Los objetivos de esta investigación son analizar el contrato de obra pública, la naturaleza jurídica de las órdenes de trabajo y diferencias de cantidades de obra, identificando los riesgos que puede conllevar su emisión para los administradores de contrato, exponiendo la repercusión en el tiempo ante el organismo de control. Analizar lo planteado permitió realizar la descripción y la sustentación de los conceptos y teorías en las que se desarrolla el tema, para comprender por qué se emiten las órdenes de cambio y de trabajo en los contratos de obra y el impacto que estas acciones tienen en los mismos. El método dogmático fue el mecanismo empleado en el presente trabajo, citándose diversos doctrinarios en sus criterios sobre la materia de contratación pública. Se analizan los artículos pertinentes de la ley orgánica del área; asimismo, se aplicó el método sistemático, al hacer un análisis completo del origen de la orden de trabajo y las diferencias de cantidades de obra. Como resultado de la indagación realizada se encontró que el contrato administrativo es una figura de gran complejidad y en permanente evolución, igualmente, se halla que las diferencias de cantidades de obra dan lugar a las órdenes de cambio y de trabajo, las cuales consisten en una modificación de contrato por el incremento del valor del mismo. Este hecho constituye una suerte de puerta de entrada en la ley a la permisividad de estas situaciones, ya que esta legitima que un porcentaje del monto del contrato pueda ser aumentado mediante estas adiciones. Se concluye, entonces, que los contratos de obra pueden ser susceptibles de variación, además se requiere una reforma en la ley más estricta y poner unos umbrales más bajos a la cuantía de las diferencias en cantidades de obra las cantidades, además se requiere de mayor control en la justificación de las emisiones de estas figuras.

Palabras clave: *ius variandi*, equilibrio económico, modificación, *pacta sunt servanda*, unilateral, exorbitante



A Dios, universo generoso, porque tú sabes que no me alcanzaría la vida para agradecer los milagros que a diario me pasan.

A mi recordado padre César Ernesto, él sabe por qué.

A mi amada mamá Pubenza María, a mi adorado esposo Ronald Alfredo, a mi entrañable hermanita María Francisca, a los tres, por estar siempre en cada paso importante de mi vida, por sujetar mi mano, empujarme y acompañarme todos los días.

A mis hijos Daniel, María Dalila y Ronald Ernesto, para que repliquen las cosas buenas que puedan reconocer en mí.



## **Agradecimientos**

A todos los que me apoyaron en la realización de esta investigación.



## Tabla de contenidos

Introducción .....	13
Capítulo primero: Contratos de obra pública.....	15
1. Definición de contrato administrativo .....	16
2. Tipos de contrato .....	25
3. Naturaleza del contrato de obra .....	31
4. Características del contrato de obra pública .....	33
5. Tipos de obras públicas .....	39
Capítulo segundo: Las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra....	43
1. Diferencias de cantidades de obra .....	51
2. Las órdenes de trabajo .....	56
3. Análisis normativo de las diferencias en cantidades de obra y las órdenes de trabajo .....	62
4. Problemas que genera la emisión de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra para el equilibrio económico del contrato .....	70
5. Responsabilidad del administrador del contrato en la emisión de órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra.....	73
Capítulo tercero: Los riesgos de la emisión de las órdenes de trabajo y de cambio en la ejecución del contrato .....	67
Conclusiones y recomendaciones .....	79
Bibliografía .....	83



## Introducción

Esta investigación estudia los problemas que se presentan en la ejecución de los contratos de obra pública derivados de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra emitidas por el administrador del contrato, actuaciones que son de su responsabilidad y del fiscalizador, que le significan a la entidad contratante importantes erogaciones de dinero.

En la experiencia de funcionaria pública considero necesario plantear como objetivo central de esta investigación el estudio de todas las implicaciones que tienen sobre un contrato de obra las modificaciones que se presentan durante la ejecución del mismo, las que dan lugar a las órdenes de trabajo o las diferencias de cantidades. Los cambios que se llevan a cabo bajo la modalidad de las diferencias en cantidades tienen un impacto directo en el coste final de la obra, además de que siempre existirá un cambio en el contrato.

Se ha dividido el trabajo en tres capítulos, el primero se ocupa de la descripción, la definición y la localización del marco conceptual del contrato administrativo, estableciendo su naturaleza y características. También hace una revisión dogmática de los tipos de contrato que han existido para llegar a ubicar el contrato administrativo como un instrumento híbrido gestado en el derecho civil, pero del que debe hacer uso el Estado en su lenta y larga evolución, que lo convirtió en la organización que tiene como razón de ser. También se hace un recuento del tipo de obras públicas que contempla el derecho en general y el derecho administrativo en particular.

El siguiente capítulo conceptualiza las ordenes de trabajo y especifica qué son las diferencias en cantidades de obras, así como revisa el contexto en el que funcionan. También hace un análisis normativo de las modificaciones de los contratos y examina el instrumento en la legislación nacional, que contempla los cambios y la necesidad de introducir órdenes de trabajo para ejecutar el objeto del contrato, debiendo cumplir para el efecto requisitos como el cumplimiento de los porcentajes de precio, puesto que no pueden sobrepasar los valores que estipula la ley, ya que si lo hacen deberán elaborar otro contrato.

El capítulo tercero trata los problemas que genera el hecho de que se emitan las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra, actos que siendo legales, deben ejecutarse con cautela por las repercusiones que generan, sin embargo, se revela que su uso ha sido generalizado. Este mismo capítulo consigna las responsabilidades que la entidad contratante atribuye al administrador del contrato mientras dura el desarrollo del contrato.

Al finalizar el trabajo investigativo cumplí con el objetivo de llegar a identificar el origen de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra, su conceptualización y definiciones, aportando con esta investigación los riesgos para administradores, fiscalizadores y contratista al aumentar o decrecer los rubros de los contratos, reconociendo que estas figuras tienen un margen de maniobra muy amplio y aunque sus porcentajes cambiaron en la última reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sigue siendo una excepcionalidad que se ha convertido en una práctica cotidiana en la administración de contratos que puede incrementar los costos finales del contrato.

## **Capítulo primero**

### **Contratos de obra pública**

La normativa nacional en materia de contratación pública, ha sufrido grandes transformaciones que buscan regular los procesos y modalidades de contratación para una mayor efectividad del uso de los recursos públicos en la provisión de obras, bienes y servicios, promoviendo mecanismos de transparencia, administración y fiscalización de la gestión de los funcionarios públicos.

En relación con lo anterior, el establecimiento de procedimientos de contratación ha puesto de manifiesto a la Administración Pública la apertura para que personas naturales, jurídicas, empresas privadas o empresas públicas accedan a la prestación de servicios y adquisición de bienes; a fin de activar y dinamizar la economía nacional, así como la inversión en la construcción de obras abarca el régimen jurídico, sustantivo y procesal de los contratos.

En materia contractual, uno de los hitos que merece ser mencionado en la contratación del obra en el Ecuador son las de obra que se realizaron a través del Servicio de Contratación de Obras, cuyo objetivo fue el que se contemplaba en el Decreto Ejecutivo 398, publicado en el Registro Oficial Suplemento 255 del 5 de junio de 2018 que le atribuía “contratar las obras de infraestructura que requieran las instituciones de la Administración Pública Central e Institucional”<sup>1</sup>, en este organismo se realizó la mayor parte de contratos públicos en la última década.

El contrato administrativo es la figura bajo la que se realiza la formalización de obligaciones del Estado con una contraparte particular o del mismo Estado, convirtiéndose en la fuente de obligaciones, y al ser una de las partes intervinientes la administración pública se rige por el derecho administrativo, aunque no exclusivamente o por lo menos no en todos los bienes y servicios que contrata, siendo uno de los más complejos el contrato de obra.

La administración de la ejecución contractual incluye el registro en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, según el objeto del contrato la documentación, actas de entrega recepción parcial o definitiva, realización de órdenes de trabajo, órdenes de cambio y contratos complementarios, según corresponda.

Este capítulo se ocupa de hacer un conjunto de definiciones que contextualicen el

---

<sup>1</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 398*, Registro Oficial, Suplemento 255, 5 de junio de 2018.

aparecimiento y la evolución, primero, de la figura contractual más usada por el Estado a lo largo de su historia, y después alrededor de lo que la doctrina y la legislación siguen debatiendo, esto es, sobre sus categorías, características, naturaleza, tipos de contrato, para llegar a establecer el marco de los contratos de obra.

## 1. Definición de contrato administrativo

El vocablo español contrato procede del latín culto *contractus*, que según Ramírez Hernández proviene a su vez de *contraho*, y significa, moderado, estrecho recogido.

contraho traxi tractum 3 tr.: recoger / concentrar / contraer (aes alienum, deudas) / reducir, restringir / encoger. Es evidente la distancia que separa ambos significados. Todos los términos que se utilizan para llenar de significado la palabra contrato nos remiten a obligatoriedad (reducir, contraer, encoger, restringir, etc.). Son términos que permiten imaginar cierto grado de presión.<sup>2</sup>

El vocablo es latino porque esta figura constaba ya en el derecho romano. Fernández Ruiz sostiene que era una convención que se llevaba a cabo en “la forma requerida por el derecho o por derivar de una causa tenida como idónea para crear una obligación, generaba acción”.<sup>3</sup> Este autor diferencia el contrato del convenio (con el que está emparentado) “por considerar a este el género y al primero la especie; en este contexto, contrato viene a ser el convenio, cuyo propósito es constituir una obligación patrimonial; para decirlo con las palabras de Díez Picazo y Gullon: el contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral”.<sup>4</sup>

Recasens Siches sostenía décadas atrás que, a priori, el contrato no constituye una figura jurídica, al no ser una de las formas jurídicas categoriales puras y fundamentales, es decir, no pertenece a la esencia del derecho, y que

por lo tanto, tenga necesariamente que hallarse presente en todo régimen u ordenamiento; aunque de hecho, la hallemos desde luego en la mayor parte de los sistemas positivos históricos y preveamos que ninguna ordenación presente y futura pueda prescindir de esta institución. Pero, aun reconociendo la máxima importancia del contrato, éste no es una estructura esencial, radicalmente necesaria, que pertenezca al mundo de las fórmulas jurídicas a priori, como lo son, por ejemplo, la relación, el sujeto, el supuesto, la consecuencia, el derecho subjetivo, el

<sup>2</sup> Rebeca Ramírez Hernández, “Consideraciones etimológicas sobre los términos contrato y convenio”, *Gestión* 9, n. ° 2 (2001): 8.

<sup>3</sup> Jorge Fernández Ruiz, *Derecho administrativo* (Ciudad de México: Secretaría de Gobernación / Secretaría de Cultura / Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016), 161.

<sup>4</sup> *Ibíd.*, 162.

deber jurídico.<sup>5</sup>

No obstante, el contrato plantea varios problemas epistemológicos a la teoría del derecho, ya que no se tiene la certeza de si pertenece exclusivamente al ámbito del derecho o si traspasa los límites de este. Otro problema, sostiene el autor, es el de su localización dentro del ordenamiento jurídico. Dos dudas filosófico-jurídicas de las que se ha ocupado la teoría del derecho hasta el punto que en la actualidad el contrato es una figura jurídica en toda la extensión de la expresión. Al respecto otro autor, Simental Franco, manifiesta que:

El estudio del contrato ha sido hecho desde la perspectiva de considerarlo como el ejemplo típico del acto jurídico; por otro lado, una vez concretizado el proceso de creación del acto, viene a manifestarse como una norma jurídica individualizada. A priori afirmamos que el género del cual se desprende el contrato no es el convenio. Ambos conceptos, consideramos que son especies de un género social-gramatical más universal. Ese género, que es metajurídico, simple y sencillamente, es el acuerdo.<sup>6</sup>

Es preciso, pese a ello, reconocer que el contrato no ha llegado a convertirse en un concepto jurídico fundamental, por tanto, no ha superado las dudas filosófico-jurídicas ya mencionadas, pero, y en este punto se está de acuerdo con Simental Franco cuando sostiene que este se deriva de una figura más genérica que acompaña al ser humano desde los mismos orígenes de la especie: el acuerdo.

Robalino Orellana considera que ese acuerdo al que se refiere el autor ha evolucionado en el ámbito público de actuación hasta convertirse en una figura jurídica con características propias:

Cabe indicar que el contrato administrativo es una producción jurídica de los estados en los que el derecho administrativo se ha desarrollado como una rama independiente del derecho, como son Alemania, Francia, Italia, Argentina, México o España y de los países que han seguido su ejemplo, mas no se encuentra esta forma contractual en los países del sistema anglosajón.<sup>7</sup>

El contrato administrativo, entonces, es un tipo de contrato, que se ha desarrollado en todos los países democráticos, pero más ampliamente en unos que en otros. De este modo, se evidencia que es la manifestación libre y voluntaria de dos partes, en la que al menos una de ellas ejerce potestad administrativa, lo que implica que es productora de efectos jurídicos.

---

<sup>5</sup> Luis Recasens Siches, "El contrato: Su ubicación en el derecho y su fuerza de obligar", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* 8, n.º 29 (enero-marzo de 1946): 94-5.

<sup>6</sup> Víctor Simental Franco, "Contratos. consideraciones en torno a su definición", *Revista de Derecho Privado*, n.º 21-22 (septiembre de 2008-abril de 2009): 112.

<sup>7</sup> Javier Robalino Orellana, "Los contratos administrativos y el derecho internacional de la inversión: Una breve aproximación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 1 (2009): 35.

Gordillo hace una importante matización al sostener que el análisis debe empezar por establecer que cuando se habla de “contratos administrativos o contratos de la administración nos referimos en general como mínimo a contratos celebrados por una persona estatal: La administración nacional centralizada o descentralizada, pero no personas jurídicas no estatales, sean ellas públicas o privadas”.<sup>8</sup>

Se acepta, no obstante, que las instituciones públicas también pueden celebrar contratos administrativos, por ejemplo los contratos de permuta, arrendamiento, donación, y los que se realicen en cualquier condición de negocio sobre bienes o propiedades y servicios en este último citemos como ejemplo el contrato de prestación de servicio de telefonía a un usuario, existe una relación bilateral estado-privado, pero no se considera como un contrato administrativo, sino más bien como un contrato privado, incluso el convenio de pago se ha convertido en un instrumento habitual en las instituciones públicas como un cuasi contrato administrativo. Aunque en opinión de esta tesista no es tal sino tan solo un medio probatorio de la existencia de una obligación extracontractual, a tenor de lo previsto en el artículo 117, numeral 2 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas para dar complemento al postulado constitucional contenido en el artículo 55, numeral 17.<sup>9, 10</sup>

Luis Delgadillo define al contrato administrativo como “acuerdo de voluntades entre la Administración Pública y un particular, creador de derechos y obligaciones, cuya finalidad es la satisfacción del interés público y que se encuentre sujeto a un régimen de derecho público”.<sup>11</sup> Esto indica la celebración de contratos administrativos sea cual fuere su objeto o servicio público con otros órganos administrativos públicos o particulares para satisfacer las finalidades de la entidad pública.

El contrato administrativo, al ser el instrumento que usa la Administración Pública para proveer de bienes, obras y servicios a los administrados (todos los individuos que habitan en la circunscripción territorial de su jurisdicción), es de uso exclusivo del ámbito público; es decir, solo pueden celebrarlo entidades estatales, con otros entes estatales o con particulares.

En esta línea, Eduardo García de Enterría realiza un extenso análisis de los contratos administrativos y lo describe como “aquellas actuaciones que la administración realiza

---

<sup>8</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), 1: 509.

<sup>9</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66, num. 17: “El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley”.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto y Lucero Espinoza Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo* (Ciudad de México: Porrúa, 2005), 327.

despojada del *imperium*, descendiendo al mismo nivel de los particulares y en igualdad con ellos”.<sup>12</sup> Nos revela además que en la Ley Jurisdiccional Santa María de Paredes de 1988 proclama que los contratos administrativos, cualquiera que estos sean, suscitan simples “cuestiones de índole civil”, sin perjuicio de aquellos que tengan por objeto “obras y servicios públicos” se atribuían a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Los organismos públicos que utilizan contratos administrativos para cumplir con las obligaciones de provisión con la población, están en todos los niveles de gobierno y son la forma de adquirir bienes y servicios incluyendo los de consultoría. Ejemplo de una contratación a través de los contratos de obras, es que una entidad pública suscriba con una empresa constructora, nacional o internacional la reparación de un tramo de carretera que el invierno particularmente lluvioso ha dañado.

Para Zegarra Valdivia, el contrato administrativo alude a “todo acuerdo generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, susceptible de producir efectos con relación a terceros”.<sup>13</sup> Siguiendo a este autor, la diferencia entre el contrato administrativo y el contrato privado estriba en que en el primero lo que está en juego es el interés público, en el segundo los intereses privados. Por otro lado, la inclusión de las cláusulas exorbitantes<sup>14</sup> implica que es un contrato con la Administración, de ahí que sea administrativo. Para concluir, afirma el autor que ambos tipos de contratos (el administrativo y el privado) comparten la pertenencia a una institución contractual, y por lo mismo, cada contrato se atiene a su regulación específica.

Valencia Zea y Ortiz Monsalve afirman que el término contrato debe limitarse a “los convenios en virtud de los cuales se crean obligaciones patrimoniales”.<sup>15</sup> Esta es, pues, una definición muy general que se aplica tanto al derecho civil como al administrativo, ya que los contratos no son una figura jurídica propia y exclusiva del ámbito público de actuación, por tanto, en no pocas ocasiones su marco jurídico puede ser mixto.

---

<sup>12</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Bogotá: Temis / Palestra, 2008), 662.

<sup>13</sup> Diego Zegarra Valdivia, *Derecho administrativo* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014), 12.

<sup>14</sup> Sobre las cláusulas exorbitantes dice Cassagne que: “Mientras que para un sector de la doctrina francesa las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en el derecho privado, para otros son las que, de incorporarse a un contrato de derecho privado, serían ilícitas, no faltando concepciones más amplias que abarcan tanto a las que resultan ilícitas como a las inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial, o bien que consideran cláusula exorbitante a aquella que tiene por objeto otorgar a las partes derechos o imponerles obligaciones extrañas por su naturaleza a las que resultan libremente consentidas por cualquiera dentro del ámbito de las leyes civiles o comerciales”. Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005), 26.

<sup>15</sup> Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil* (Bogotá: Temis, 2016), 48.

Gordillo, en cambio, se refiere al contrato en el marco de las funciones de la Administración pública, lo conceptúa como el “estudio de las formas jurídicas que dicho ejercicio presenta, es decir, los hechos, actos, contratos y reglamentos administrativos, el procedimiento administrativo, la licitación pública, las audiencias públicas, los servicios públicos”.<sup>16</sup> Esto se debe a que al Estado, igual que sucede con los particulares, se le reconoce la capacidad de suscribir contratos, en su caso se denominan -además- administrativos.

De lo citado puede inferirse, como una conclusión apriorística, que el contrato es antes que nada una figura del derecho civil, de donde se extiende al derecho administrativo al ampliarse las funciones que los gobiernos asumen en procura del bien común y como una obligación impuesta en esa evolución de los Estados hacia unos sociales y de derechos.

El maestro español, José Parada, sostiene que uno de los temas más debatidos en el derecho administrativo son los contratos administrativos y la dualidad que de ellos surge y afirma “Si en el siglo pasado las cuestiones suscitadas por los contratos celebrados por la Administración para atender a sus necesidades de obras y servicios públicos no se hubieran declarado de la competencia de la jurisdicción administrativa, y si posteriormente a esta inclusión la jurisprudencia y la doctrina administrativa no se hubieran empeñado en incluir en un mismo saco conceptual cosas tan dispares como un contrato de Derecho privado y una concesión —como lo es, sin duda, un contrato de suministrar alpargatas al Ejército y una concesión ferroviaria—, ni en el Derecho francés ni en el español se hubiera hablado nunca de contratos administrativos, ni se hubiera hecho ese ingente esfuerzo de encontrar unos principios y reglas comunes a negocios jurídicos sustancialmente tan heterogéneos. De no haberse dado estas circunstancias, las cosas hubieran ido por distinto camino”.<sup>17</sup>

Entonces se refleja que a través de los tratadistas enunciados existen diferencias de concepto y lo que serían las diferencias entre un contrato administrativo y un contrato civil, Francisco García Gómez de Mercado, dice que “la dualidad entre contratos administrativos y privados de la Administración, no se ha limitado a corresponder a una dualidad jurisdiccional, que parece efecto de una diferencia sustantiva, pero es en realidad, causa de la misma” y termina definiendo “los contratos administrativos no sólo con aquellos de los que conocen ciertos tribunales sino también aquellos a los que se aplican un determinado régimen jurídico. Mientras los contratos civiles se caracterizan por la igualdad entre las partes, se reconoce

---

<sup>16</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 159.

<sup>17</sup> José Parada Vázquez, *La nueva ley de contratos del Estado*. *Revista de Administración Pública* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1965), <https://elibro.net/es/ereader/utiec/1594?page=13>.

desigualdades en la medida en que una de ellas (la Administración) representa el interés general y el ordenamiento le confiere poderes exorbitantes para su tutela”.<sup>18</sup>

Según la apreciación de Roberto Dromi, los contratos administrativos “son una forma de manifestación de la Administración Pública, en donde los límites los plasma la administración pública a través de sus cláusulas de imperio, es así que establece que “existe un régimen jurídico unitario regulador de todos los contratos que se celebren en ejercicio de función administrativa”.<sup>19</sup> De acuerdo a lo que manifiesta el autor, todo contrato que celebra la Administración es, por tanto, administrativo, y estará regido por el derecho público; no obstante, en algunas ocasiones, también puede estarlo por el privado, ello va a depender de qué intereses sean más fuertes.

Hay que mencionar que en esto coincide Dromi con Zegarra Valdivia, en tanto que él también sostiene que primará el derecho público o el privado de acuerdo a los intereses que se hallen en juego. Huelga decir, por otro lado, que el jurista argentino considera más importante al interés estatal que al privado, no obstante, en la praxis, cuando se presentan en estos contratos problemas y diferendos que llegan a los tribunales, no siempre el Estado sale favorecido en los fallos.

Cassagne hace una definición del contrato público (o administrativo) como de “un acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento por adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración”.<sup>20</sup> De lo que se puede concluir que los contratos no pueden ser colocados en una clasificación única, es decir, no son solamente públicos o exclusivamente privados, ni se atienen a un ordenamiento del derecho centrado en el área pública o en la privada; algunos contratos, de hecho, pueden estar regidos por ambos derechos.

Para Cassagne el área de la contratación pública es extensa, presenta muchas variantes que hace difícil que se pueda establecer una sola teoría de lo que corresponde al Derecho Público y que encierre todos los principios del derecho administrativo.

Razona el jurista que “en el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante, pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa. Ello no supone

---

<sup>18</sup> Francisco García Gómez de Mercado. *Manual de Contratación del Sector Público* (Granada: Comares, 2011), 147.

<sup>19</sup> José Roberto Dromi, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1992), 312.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, 316.

desconocer la ambivalencia a que se presta el hecho de que el Estado (que es siempre una persona de derecho público) celebra también contratos regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, ni tampoco que determinados contratos celebrados por particulares pasen a regirse por el derecho administrativo, en forma entremezclada con el derecho civil o el comercial”.<sup>21</sup>

Esencialmente, el contrato administrativo es una figura de regulación mixta, y en ello coincide con autores ya citados, y cuyo marco jurídico va a depender de varios factores. Dicho con otras palabras, es evidente que el contrato público, de acuerdo a la jurisdicción y al procedimiento de contratación, aunque está regido por el derecho público también es blanco de la injerencia del derecho internacional público o privado, y ello porque no es una figura exclusiva del derecho administrativo.

El contrato es, pues, una de las instituciones del derecho administrativo que ha alcanzado un mayor grado de desarrollo (en doctrina y jurisprudencia), en la actualidad esta figura ocupa un lugar tan destacado que eclipsa a otras, las que no han tenido una evolución comparable. Sobre ellos puntualiza Cassagne:

Lo primero que cabe observar es la presencia de dos grandes sectores de contratos de la Administración pública: contratos administrativos e interadministrativos -por un lado- y contratos parcialmente regidos por el derecho civil o comercial -por el otro-. Los contratos administrativos como los interadministrativos se rigen, en forma preponderante, por el derecho público, administrativo en la especie, no obstante la posibilidad de aplicarles las normas del Código civil, pero adaptándolas siempre a la peculiar naturaleza publicista del contrato administrativo.<sup>22</sup>

Estos grandes sectores de contratos que menciona el autor están regidos preponderantemente por el derecho administrativo porque el interés colectivo debe prevalecer sobre el individual, pese a lo cual no existe ningún impedimento para que, en caso de diferencias irreconciliables entre las partes, el particular acuda al derecho privado para reclamar sus derechos que considera conculcados.

Marienhoff asevera que, en la determinación de la naturaleza de un contrato de la Administración, son básicamente dos los criterios propuestos:

1º Ante todo, hay quienes consideran que, para que pueda hablarse de contrato administrativo, por lo menos una de las partes intervinientes debe ser la Administración Pública. Pienso que ese no es un requisito del contrato administrativo, sino un presupuesto elemental de su existencia. Es evidente que cuando se habla de contrato administrativo, se entiende referir a uno de los tipos de contratos que celebra la Administración Pública. Los particulares o

---

<sup>21</sup> Cassagne, *El contrato administrativo*, 16.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, 19.

administrados no pueden celebrar, entre ellos, contratos administrativos en el sentido técnico de la expresión.<sup>23</sup>

Es así que entre los varios requisitos que deben concurrir para que un contrato llegue a considerarse como administrativo se encuentra el que uno de los sujetos intervinientes debe ser la Administración pública, pues sin esto último no adquiere tal categoría.

2° Se dice, también, que muchos contratos serán administrativos, propiamente dichos, cuando así lo haya determinado el legislador. Tal determinación puede ser directa o indirecta. Hay determinación directa cuando una norma legal expresa dispone que tales o cuales contratos se considerarán administrativos. Habrá determinación indirecta cuando, para el supuesto de contienda, la ley establezca la competencia de los tribunales administrativos.<sup>24</sup>

Para cerrar la sección del concepto del contrato administrativo es preciso citar a De la Puente, quien conceptúa al contrato administrativo como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular”.<sup>25</sup> Como se ve, mantiene los mismos elementos que los autores citados hasta aquí: voluntario, vinculante en la creación de obligaciones para ambas partes y en razón de las necesidades de las entidades del Estado de cumplir sus obligaciones con la población de proveer bienes, obras y servicios.

La doctrina dominante, es la que ha admitido a lo largo de los años que el contrato está regulado por el derecho general, es decir, el derecho privado y el público, distingue que el contrato administrativo tiene características propias que lo diferencian y torna como supletorio el derecho privado (civil o mercantil).

La figura como *contrato* pertenece, pues, al derecho en general, y no solo al derecho privado. De ahí que también se la conciba en el derecho público, administrativo en la especie, si bien en este último supuesto el *contrato* aparece caracterizado por las respectivas notas propias de este último derecho: desigualdad de las partes; prerrogativas especiales correspondientes a la Administración pública durante el lapso de ejecución y vigencia del contrato; finalidad propia de la Administración pública, o sea cumplimiento de fines estatales típicos. Pero a pesar de estas notas especiales, el “*contrato*” administrativo *stricto sensu* - realizado por entes públicos entre sí o entre entes públicos y administrados— es perfectamente concebible.<sup>26</sup>

Todos los conceptos expuestos nos muestran que hay un instrumento que es el contrato administrativo de obras y servicios que el Estado suscribe con el objeto de suplir con la

---

<sup>23</sup> Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 12.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> Manuel de la Puente, *El contrato en general* (Lima: Fondo Editorial, 1991), 361-2.

<sup>26</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 2011), 3: 3,4.

provisión de servicios, construcción de bienes para uso de la sociedad y su aparato administrativo, la razón de ser de la infraestructura estatal reside ahí, en la entrega de las obras y servicios de todo tipo que los funcionarios y la población y precisan, los unos para realizar sus actividades, como las instalaciones que deben construirse para albergar físicamente entes estatales, y los otros porque es su derecho como individuos que habitan en esa circunscripción el disfrutar de servicios públicos, como vialidad, servicios básicos, salud, educación, seguridad que requieren construcción cumpliendo así con los derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

Conforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 60 determina que los contratos celebrados por las entidades contratantes, son contratos administrativos; por lo tanto, se caracterizan por ser el instrumento legal de aceptación de voluntades entre la institución pública y un ente público o particular que tengan aptitud legal para obrar en forma legalmente válida para proveer de los bienes, obras o servicios que satisfagan las necesidades de la administración pública, y que se rige por las normas jurídicas del derecho administrativo.

De este modo, puede concluirse que el contrato administrativo es, como lo asegura el jurista José Parada, uno de los temas más tratados en derecho administrativo, debiendo recalcar que definiciones como la de Robalino Orellana que delimita al contrato administrativo como un contrato propio de cada país que se forjaría a través del entendimiento de su legislación; la de Eduardo García de Enterría que nos lleva a ver la exorbitancia del Estado como una de las características de este contrato.

Fernández Ruiz afirma que existen ciertas características distintivas sin las cuales un acto jurídico no se configura como contrato administrativo, “entre ellos podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad y contractual, la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado, y, sobre todo, su finalidad”.<sup>27</sup>

La característica de la juridicidad se debe a que un contrato implica “la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, el contrato administrativo es, a todas luces, un acto jurídico y, en consecuencia, voluntario”.<sup>28</sup> Los actos de la administración pública se pueden clasificar en dos grupos: jurídicos y no jurídicos. Los no jurídicos lo son porque se tratan generalmente de opiniones o informes de servidores públicos, “no producen efectos jurídicos, o si los llegan a producir, como en el caso de los dictámenes

---

<sup>27</sup> Fernández Ruiz, *Derecho administrativo*, 169.

<sup>28</sup> *Ibíd.*

o peritajes, no son efectos jurídicos directos”.<sup>29</sup>

En este análisis, se afirma que el contrato administrativo sí tiene consecuencias jurídicas, por tanto, está en el primer grupo, Fernández Ruiz dice que -además- no es un acto administrativo cualquiera, sino que tiene cierta especificidad que lo ubica como un acto realizado por la propia Administración en ejercicio de sus funciones, las que producen efectos jurídicos.

Aunque suene repetitivo, es preciso hacer mención de que el contrato administrativo tiene como características definitorias la bilateralidad y la contractualidad, pero, Fernández Ruiz considera conveniente insistir en ello:

En virtud de las objeciones formuladas en la primera mitad del siglo xx por Otto Mayer y Fritz Fleiner, al sostener que el contrato administrativo era en realidad un acto administrativo unilateral; y las de Oreste Ranelletti y Walter Jellinek, para quienes, admitiendo su bilateralidad, negaban su contractualidad, por considerar que se trataba de la yuxtaposición de dos actos unilaterales: uno de la administración pública y otro de su cocontratante.<sup>30</sup>

El énfasis que se hace en la bilateralidad del contrato administrativo se debe a que, por esencia, son sinalagmáticos,<sup>31</sup> en vista de que ambas partes acuerdan obligaciones mutuas y recíprocas; es decir, los contratantes adquieren el carácter de deudores y acreedores, a la vez.

Finalizo con el concepto propio de contrato administrativo como autora de esta tesis, entendiendo que el contrato administrativo es el instrumento en el que convergen las voluntades de una institución pública con una privada u empresa pública, en la que puede estar como contraparte un proveedor o contratista privado para proveer al Estado de bienes o servicios que no está en la capacidad de satisfacer por sus propios medios, se rige por las normas del derecho administrativo y público, con los marcos normativos propios de cada país en el que se suscribe y supletoriamente lo que pueda convenir de la normativa para contratos privados.

## **2. Tipos de contrato**

En el universo de los contratos de obra hay especies distintas, en arreglo a las finalidades y el papel que determinen las partes. Cassagne clasifica los contratos en: atribución y colaboración, de acuerdo con su tipicidad y nominados e innominados.

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, 170.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Se refiere a un contrato, un acuerdo, cuyos términos deben ser respetados por las dos partes.

Contratos de atribución y de colaboración. - Esta clasificación se apoya especialmente en las distintas funciones que cumplen las partes en orden a sus prestaciones esenciales, lo cual permite deslindar dos especies de contratos administrativos: a) de colaboración; y b) de atribución. En el contrato administrativo de colaboración lo fundamental es la prestación que debe el particular al Estado, es decir, la transformación del contratista privado en un colaborador de la función administrativa. De ello se deriva que estos contratos tengan un rigorismo mayor que los contratos de atribución, donde lo esencial es la prestación del Estado, mientras que la del contratista se caracteriza por ser la contrapartida de las ventajas que obtiene el Estado.<sup>32</sup>

Fernández Ruiz sostiene que es notorio que la figura del contrato tuvo un mayor desarrollo en el ámbito del derecho civil, lo que no impide que esta institución tenga un carácter jurídico general, ni obsta que otras ramas del derecho se ocupen de ella. Es así que, teniendo en cuenta lo anterior, hace una división de los contratos distinta a la de Cassagne y estima que hay los siguientes tipos: “civiles, mercantiles, bursátiles, internacionales, laborales y administrativos”.<sup>33</sup>

Gordillo, por su parte, manifiesta que no hay dos categorías de contratos (públicos y privados), en su opinión hay una amplia gama de ellos:

- a) Contratos celebrados por la administración en un virtual pie de igualdad jurídica con otro sujeto de derecho público o privado -la compraventa de inmuebles-, o incluso,
- b) en situación de desventaja: El contrato de crédito externo; o
- c) con ligeras notas de derecho público a favor de la administración (el subsidio, la subvención o subsidio, la donación) y, por fin,
- d) contratos en que aparece un crescendo de potestades y privilegios estatales: Locación y concesión o permiso de uso del dominio privado o público del Estado, contrato de suministro y de obra pública, relación de empleo público; concesiones de obras públicas, concesiones y licencias de servicios públicos, contrato de empréstito público interno.<sup>34</sup>

No se trata, aclara Gordillo, de una suerte de inducción empírica de reglas generales que luego permitirían deducir su aplicación a casos concretos, esta es apenas una generalización didáctica, de carácter ilustrativo.

Ensayo Gordillo otra clasificación de los contratos celebrados por la administración, en un criterio más general, en la cual determina la existencia de tres categorías.

- a) Algunos más próximos a la esfera del derecho privado, con un virtual pie de igualdad entre las partes, sin ser con ello totalmente contratos privados.
- b) Otros, con regímenes intermedios que tomaron forma y crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del siglo XX.

<sup>32</sup> Cassagne, *El contrato administrativo*, 34.

<sup>33</sup> Fernández Ruiz, *Derecho administrativo*, 162.

<sup>34</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 517.

c) Los contratos que tienen un régimen más severo para el contratista en función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquél presta en condiciones monopólicas o de exclusividad.<sup>35</sup>

El primer grupo se rige más por el derecho común que por el público, a los segundos, por el derecho administrativo, pero no exclusivamente, en este tipo ambas áreas del derecho pueden coordinar y cooperar. Los del tercer grupo están regulados estrictamente por el derecho administrativo. En este grupo se localizan los contratos de obra pública.

La última clasificación de Gordillo es de tres grandes tipos, en particular, es decir, los que se hacen por obras y servicios:

La concesión o licencia de servicios públicos.  
El contrato administrativo no monopólico o exclusivo.  
El contrato privado de la Administración.

Sobre el primero enfatiza Gordillo que se creó “con relación al contrato de concesión de servicios públicos, extensibles a la licencia de servicios públicos y a la concesión de obra pública; su fundamento es la tutela de los derechos e intereses de los usuarios del monopolio o exclusividad otorgada por el Estado”.<sup>36</sup>

En el segundo tipo de contrato, denominado no monopólico o exclusivo, se advierte que hay colaboración, puesto que no existe una relación jurídica de subordinación; además, es flexible y puede cambiar si las circunstancias así lo ameritan. Asimismo, en estos contratos, a diferencia de en otros, la imposición de sanciones de parte del ente estatal al contratista debe estar fundada contractualmente, es decir, es inadmisibles que la Administración imponga sanciones no autorizadas.

El último de esta clasificación, el contrato privado de la Administración, es la evolución, según Gordillo, del clásico contrato entre la licencia y el de derecho privado, pero eso “no implica un retorno a la teoría antigua de que esos contratos de la administración son contratos civiles, ni que existan contratos de la administración pura e íntegramente regidos por el derecho común, en el derecho interno”.<sup>37</sup> Y es así porque, en primer lugar, existen reglas del derecho público en los contratos administrativos, y, en segundo lugar, porque los clásicos contratos civiles de la Administración han evolucionado.

Por lo antes expuesto, en el contrato de obra que celebra la entidad contratante con el contratista, se destacan algunos criterios doctrinales, como son: en lo subjetivo, lo formal, las

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, 519.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 563.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 168.

cláusulas, la finalidad, y la legalidad denotan una característica que lo define como un contrato administrativo.

Ahora bien, en cuanto refiere a la obra pública conforme Trejo Hernández y Páez Rodríguez “se conceptualiza como los servicios o trabajos que realiza el Estado por sí o por contratación de un particular, de manera directa o indirecta, sobre bienes muebles o inmuebles, encaminada a satisfacer el interés público”.<sup>38</sup> Y es en el cumplimiento de esta tarea que, en no pocas ocasiones, precisa celebrar contratos de obra pública con empresas privadas.

Contrato de obra pública, dice Marienhoff, es un ejemplo del contrato por razón de su objeto, “donde falta totalmente la noción de servicio público, puede darse el de un contrato de obra pública para la construcción de un edificio destinado a sede de un juzgado federal”.<sup>39</sup> Jaramillo lo considera como “uno de los procedimientos técnicos y jurídicos de que se vale la Administración para la prestación de servicios públicos y la satisfacción de necesidades generales son los contratos administrativos”.<sup>40</sup> Es uno de los procedimientos porque el Estado también tiene capacidad para proveer de determinados bienes, obras y servicios a los administrados; aunque, es preciso, mencionarlo, la ideología neoliberal que ha permeado tan profundamente los gobiernos latinoamericanos apuestan por un tipo de Estado que regule mínimamente la actividad del mercado y que no intervenga más que en pocos ámbitos.

El carácter administrativo que adquiere por la razón de su objeto se halla en que está relacionado con una de las funciones privativas del Estado, la administración de justicia. Asimismo, dice el autor, se denominaría administrativo en razón de su objeto a un contrato de construcción de las instalaciones de una comisaría de policía, pues la seguridad ciudadana es otra de las potestades del Estado, la seguridad es -además- uno de los fines esenciales de la organización estatal.

Fernández Ruiz sostiene que al estudiar el acto administrativo es preciso recordar que la Administración realiza actos jurídicos de diferentes clases, entre ellos individuales y generales, contractuales y unilaterales. “Son actos contractuales los nacidos del acuerdo entre la administración y los particulares, como la celebración de un contrato de obra pública; a este tipo de actos la doctrina los reconoce específicamente como contratos administrativos”.<sup>41</sup> El mismo autor define al contrato de obra pública de la siguiente manera:

---

<sup>38</sup> Irene Emilia Trejo Hernández y Montserrat Páez Rodríguez, “Contrato de obra pública: Su problemática normativa”, *Amicus Curiae* II, n. ° 4 (2013): 2.

<sup>39</sup> Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 17.

<sup>40</sup> Hernán Jaramillo Ordoñez, *Manual de contratación pública* (Loja: Universidad Nacional de Loja, 1996), 2.

<sup>41</sup> Fernández Ruiz, *Derecho administrativo*, 129.

Es opinión generalizada que el de obra pública es el contrato administrativo por excelencia, mediante el cual un sujeto a quien se denomina contratista, se obliga a construir, reconstruir, reformar, reparar, mantener, o demoler un bien inmueble, mediante el pago de un precio que se obliga a pagarle otro sujeto que siempre será un órgano de la administración pública.<sup>42</sup>

Para Valcárcel Fernández hacer una delimitación de los contratos del sector público en el derecho español se clasifican por su contenido, por: a) La naturaleza del sujeto contratante, en contratos administrativos y contratos privados; b) por la cuantía de la obra en contratos sujetos a regularización armonizada y contratos no sujetos a regularización armonizada; y c) por la naturaleza y alcance de las prestaciones en contrato típicos y los contratos administrativos cuyo cumplimiento de un fin público es parte de la Administración pública.<sup>43</sup>

En el Ecuador no existe definición legal que permita entender qué es la contratación pública, pese a que existe una ley que regula la actividad. Sin embargo, según ya se ha referido, para Efraín Pérez, “de manera cotidiana se ha entendido que esta denominación aplica a los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y anteriormente a la derogada LCP. Esta ley era relativamente reciente, habiéndola precedido por más de un par de décadas la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas”.<sup>44</sup> En la praxis, no obstante, ha habido varios contratos que no contenía la ley del área, a los que se ha denominado de distinta forma, atendiendo para ello al objeto del mismo, el autor se refiere a contratos petroleros, telefónicos, de energía eléctrica, etc.

Respecto a las diferencias en los contratos de obras y servicios prosigue Pérez manifestando que:

Tradicionalmente, en el Ecuador se han distinguido por su objeto los contratos de adquisiciones de: bienes, obras y servicios, principalmente sometidos a la derogada LCP; diferenciados de los contratos de concesión: de servicios públicos, bienes públicos y de aprovechamiento del dominio público; contratos llamados propiamente administrativos, cuya principal normativa se encuentra en la Ley de Modernización y su Reglamento de aplicación, pero que también se encuentra dispersa en leyes particulares, como por ejemplo la Ley Especial de Telecomunicaciones o la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.<sup>45</sup>

Dos conclusiones se obtienen de la cita de Efraín Pérez: la primera, que en el país las

---

<sup>42</sup> *Ibíd.*, 184.

<sup>43</sup> Patricia Valcárcel Fernández, “La delimitación de los tipos contractuales”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, dirigido por José María Gimeno Feliú (Cizur Menor: Aranzadi, 2018), 413.

<sup>44</sup> Pérez, *Derecho administrativo*, 793.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, 793

leyes tienen un espacio de duración corto, como si el legislador en cada periodo estuviese buscando crear su propia normativa, presumiblemente porque la sociedad evoluciona y se precisa de cambios en el ordenamiento, aunque en otros países sirven en la actualidad grandes apartados de leyes creadas siglos atrás. La otra es que no todos los contratos se hallan especificados en la normativa al respecto, pero que hay dos grandes grupos de ellos, donde caben todos los contratos que van surgiendo en el quehacer de la Administración.<sup>46</sup>

La afirmación no es, en absoluto exagerada, las grandes leyes administrativas del siglo XIX, varias de las cuales han llegado, no por casualidad, a centenarias, pertenecen a esta época y todas ellas giran, sin excepción, en torno a las obras públicas. A través de estas leyes es como van adquiriendo sus contornos actuales la inmensa mayoría de las instituciones administrativas, configuradas borrosamente en la etapa inmediatamente anterior.<sup>47</sup>

El contrato de obra pública es un instrumento que se refiere a una actividad que se desarrolla en varias etapas. En la primera están la planificación, la programación y la presupuestación. La segunda fase es la ejecutiva, que consiste en la autorización de la obra y la selección del contratista, es en esta donde se celebra el contrato y se firma la ejecución de la obra. En la etapa final, además, se agrega la extinción del contrato y se aplican sanciones.

Como se puede apreciar, el contrato tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad de su cumplimiento, ya que al firmarlo se torna ley para las partes, así lo sostiene Claudio Moraga Klenner que afirma “que al igual que un contrato entre privados, también el contrato administrativo, celebrado o perfeccionado previo procedimiento de formación de la voluntad contractuales una ley para los contratantes, no siendo jurídicamente posible dejarlo sin efecto de forma unilateral”.<sup>48</sup>

Otros autores, García de Enterría y Fernández, definen al contrato de obras públicas de la siguiente manera:

El contrato de obras es, sin duda, la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración (artículo 120 LCAP de España) a cambio de un precio.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Normativa hoy derogada expresamente por el Código Orgánico Administrativo promulgado en el Registro oficial 31 de 7 de julio de 2017, y por el Decreto 1006, publicado en el Registro Oficial 760, de 23 de mayo de 2018.

<sup>47</sup> Tomás Ramón Fernández, “Las obras públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 100 (1983): 2437.

<sup>48</sup> Claudio Moraga Klenner, *Contratación administrativa* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 201.

<sup>49</sup> García de Enterría Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 733.

Nótese que el fin de estos contratos es la realización de la construcción, la reforma, reparación, etc., es decir, el resultado final de una intervención de este tipo en un bien inmueble.

González García considera que la obra es el resultado de trabajos de construcción o ingeniería civil que se destinan a cumplir una función económica o técnica dentro de la infraestructura estatal:

De este modo, han de entenderse por obra pública aquellos contratos que tengan el siguiente objeto, entendiendo que el resultado ha de ser “un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”. Una construcción que se tendrá que realizar a riesgo y ventura de los contratistas.<sup>50</sup>

Colegimos con el autor, que los contratos de obra contemplan varias infraestructuras e ingenierías, de ahí que la forma de contemplarse en los contratos de obra es por partes para que pueda volverse administrable, debido a que son elementos distintos el momento de su ejecución con características propias, pues no es lo mismo ejecutar la obra civil que la ingeniería eléctrica con cableado de alto voltaje, ambos inmersos en la construcción de una obra que luego se volverán un todo.

### **3. Naturaleza del contrato de obra**

El origen del contrato de obra tiene su motivación en la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, artículo 2, numeral 36.1, Obra es:

Construcción, reconstrucción, remodelación, mantenimiento, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación, instalación, habilitación, y en general cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles o sobre el suelo o subsuelo, tales como edificaciones, túneles, puertos, sistemas de alcantarillado y agua potable, presas, sistemas eléctricos y electrónicos, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieran dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos. En caso de que las actividades o trabajos no cumplan con las características antes expuestas, el objeto de la contratación corresponderá a la prestación de un servicio.<sup>51</sup>

El contrato de obra nace de la identificación de una necesidad que es reconocida por

---

<sup>50</sup> Julio V. González García, “El contrato de obras en la Ley 9/2017, de contratos del sector público”, UCM, 2018, <https://eprints.ucm.es/47017/1/CONTRATO%20DE%20OBRAS.pdf>. 3.

<sup>51</sup> Ecuador, *Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública* 72. Registro Oficial Edición Especial 245, 29 de enero de 2018.

el área requirente en la entidad pública, cumple con las exigencias de las etapas preparatoria y precontractual, en donde en base a los estudios definitivos, diseños, entre otros se definen las especificaciones técnicas contenidas en el pliego, el presupuesto de la obra y por ende las condiciones del contrato para su ejecución.

En este sentido, en las diversas regulaciones normativas de la administración pública, es necesario hacer un análisis de los actos contractuales y los procesos de ejecución o cumplimiento de las condiciones técnicas, económicas y financieras, así como el empleo de mecanismos de ajuste y revisión de precios se mantendrá una igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al tiempo de proponer o de contratar; caso contrario si suscitaren controversias, las partes adoptarán las medidas posibles para su restablecimiento.

Según Enrique Sayagués Laso, sobre la naturaleza del contrato de obra, existe una dualidad de los regímenes jurídicos de la doctrina y de la jurisprudencia, cuyos puntos de vista:

- a) [...] este contrato es esencialmente un arrendamiento de obras de derecho privado y en consecuencia se rige por el Código Civil, sin perjuicio de la aplicación de algunas reglas especiales de derecho administrativo; y b) [...] configura un contrato administrativo típico, que se rige por el derecho público, lo cual no obsta para que subsidiariamente puedan aplicarse determinados principios del derecho privado. c) En abierta posición a las teorías contractualistas, se sostiene que el contrato de obra pública debe analizarse como un acto unilateral de la administración, al que se somete el particular o que esté acepta mediante un segundo acto también unilateral.<sup>52</sup>

En el ámbito normativo de los contratos administrativos están regulados por el Derecho Administrativo, y como norma supletoria se aplica aquella dada para los contratos civiles, es decir, con la aplicación del Código Civil; siempre con la aplicación de los instrumentos y mecanismos del sistema de contratación pública a favor de la entidad contratante.

Sostiene Trelles de Belaunde que la doctrina ha desarrollado una serie de posiciones respecto a la naturaleza de los contratos que suscribe la Administración y el régimen que los rige. “En principio, la mayoría acepta que el Estado puede celebrar tanto contratos administrativos como contratos privados, pero discrepa en cuanto a los criterios que debe usarse para distinguir ambos mecanismos de contratación”.<sup>53</sup> En el ejercicio de sus responsabilidades, el Estado hace uso de todas las modalidades para cumplir con los

---

<sup>52</sup> Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo: Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2010), 2: 78-80.

<sup>53</sup> Oscar Trelles de Belaunde, “El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos”, *Themis*, n. ° 44 (2002): 237-51.

ciudadanos.

Los asambleístas tienen la responsabilidad de determinar las condiciones de las contrataciones en el campo administrativo público y buscar que sus posiciones, aunque siendo distintas, lleguen a un consenso, evitando que las normas que aprueben no tengan fundamento ni prueba científica. Es debido a la deficiencia de conocimiento que sobre Derecho administrativo tienen los asambleístas, que los legisladores no tratan los contenidos del contrato administrativo o las formas en las cuales deberá considerarse este instrumento, pues pueden confundir las características de los contratos administrativos.

3° Hay quienes estiman que el contrato de la Administración debe considerarse administrativo -propiamente dicho- solo cuando se halle establecido que el órgano jurisdiccional habilitado para dirimir las pertinentes cuestiones litigiosas es el tribunal con competencia en lo contencioso administrativo, y que el contrato debe considerarse de derecho privado cuando dicha competencia le esté atribuida a los tribunales ordinarios.<sup>54</sup>

El pensamiento reflejado en el párrafo precedente por Marienhoff, alerta que sin la existencia de norma expresa que considere al contrato administrativo, no habría manera para dirimir los procesos litigiosos de estos, lo que repercute en su naturaleza. Es por esta razón que para determinar ante qué instancia debe presentarse la posible litis, debe la administración pública definir el carácter de público o privado. En los contratos nacionales por ejemplo se considera la resolución de conflictos a través de mediación o arbitraje en la Procuraduría General del Estado, sin que los privados pueden solicitar la mediación en otros centros debido a que en los contratos ya existe una cláusula que determina la PGE como centro de mediación.

En el anterior orden de ideas, la naturaleza del contrato de obra es visto como un contrato administrativo; y, como tal, su objeto es la construcción, modificación, reparación de un bien inmueble a favor de la entidad contratante, regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento y la Codificación de Resoluciones del SERCOP que en el artículo 373, faculta la aplicación como norma supletoria el Código Civil y la Ley de Inquilinato.

#### **4. Características del contrato de obra pública**

En los procesos de contratación de obras la principal característica es cumplir con las condiciones establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*

como estar en el Plan Anual de Contratación Pública, tener certificación presupuestaria, nacer de una necesidad identificada por el área requirente, determinar sus condiciones en un término de referencia o en un estudio de mercado, obtener las autorizaciones de la administración que contempla la entidad, ser publicada en la herramienta de contratación del Estado y respetar desde la creación de su expediente hasta la finalización del proceso en portal, respetando los principios contenidos en el artículo 4 de la LOSNCP. Característica que debe atenderse en los procesos de obra, es que la entidad contratante disponga del bien inmueble en el cual construirá o remodelará como su propiedad formalizada mediante escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad, sin que pese en el bien ningún impedimento, es decir, debe estar libre de gravamen, hipoteca, embargo y prohibición de enajenar, a fin de que se pueda ejecutar la obra en beneficio de la entidad contratante para el cumplimiento de su misión.

Un aspecto fundamental en la contratación de obra pública, es la formulación de los pliegos con las condiciones generales y particulares, en las que se facultan a la entidad contratante a ejecutar obras de interés estatal, definiendo en su contenido los fondos de su financiamiento que pueden ser propios, fondos provenientes de entidades multilaterales o con fondos internacionales, cuyas políticas de apoyo se regulan por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Código Civil como norma supletoria.

Previo a la validación y suscripción de la máxima autoridad o el delegado de la documentación de la fase precontractual para una obra, la entidad estatal realizará los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas; con los cuales convocará a los proveedores habilitados para su participación la presentación de las ofertas, que serán sometidas al análisis de la comisión si corresponde, pasando por la fase de publicación, preguntas, respuestas, entrega, apertura y evaluación de ofertas, terminando con la fecha estimada de adjudicación según corresponda a lo definido por la entidad contratante.

La actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública pretende que la adjudicación del contrato de obra se contrate con el proveedor que haya presentado la mejor oferta, para lo cual suscribirán el contrato haciendo constar las cláusulas obligatorias; constituyéndose en un acto administrativo, y de conformidad a lo establecido en el artículo 60 de la LOSNCP, el contrato de obra es un contrato administrativo.<sup>55</sup>

Las características de este contrato administrativo, según Dromi, son “el objeto del

---

<sup>55</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto de 2008, última modificación 21 de agosto de 2018, art. 60 “Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”.

contrato, la participación de un ente estatal como parte y las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución”.<sup>56</sup> Esto es, la estipulación en favor exclusivamente de la Administración, de cláusulas exorbitantes del derecho común, lo cual en la contratación privada sería ilícito.

En consecuencia, en los contratos privados la característica universalmente reconocida es la igualdad entre las partes, en cambio en el contrato de obra la desigualdad es un carácter esencial de esta modalidad de contratos. Sostiene Fernández Ruiz que, de no ser así, “como ocurre cuando ambas partes son personas de derecho público, no se está, en rigor, frente a un contrato administrativo, sino ante un convenio de coordinación, o ante lo que Bercaitz llama acto complejo o colectivo”<sup>57</sup>

En la limitación de la libertad de las partes, la administración como entidad contratante enfrenta severas restricciones, las que van “desde la selección del contratista hasta la estructura y términos mismos del propio contrato, pasando por el procedimiento de contratación”.<sup>58</sup> Pero en la otra parte esa limitación es indudable, característica, pues, entre otros requisitos, es marginada en la redacción de las cláusulas, las que formula la Administración pública según la normativa nacional en vigencia. El carácter esencial del contrato de obra es la prevalencia del interés público sobre el privado, al estar este invariablemente presente en la contratación y adquisición de bienes para usos públicos y realización de la obra pública.

De todo lo expuesto, un carácter fundamental del contrato de obra, es la incursión en un régimen jurídico del derecho privado debido a esa clase contractual que rebasa los límites del derecho ordinario, “por generar derechos y obligaciones impensables y aun inadmisibles es éste, como son la posibilidad de su modificación, o de su ejecución directa y, aun, de su rescisión o revocación unilateral, por parte de la administración pública contratante”.<sup>59</sup> Si el derecho privado fuese suficiente para regular la contratación administrativa, por ende el contrato de obra, entonces el derecho administrativo no tendría razón de ser, puesto que el mismo justifica su existencia en la disimilitud del régimen jurídico que rige las relaciones contractuales de los particulares.

También Gordillo ha estudiado las características del contrato de obra, entre las que cuenta las siguientes:

---

<sup>56</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, 317.

<sup>57</sup> Fernández Ruiz, *Derecho administrativo*, 171.

<sup>58</sup> *Ibíd.*

<sup>59</sup> *Ibíd.*, 172.

1º) La limitación de la libertad contractual de las partes, pues la administración está constreñida a seguir los procedimientos de contratación fijados por la ley, y el contratista está más limitado aún, por la ley y por los pliegos de condiciones impuestos por la administración, lo que hace que el contrato sea típicamente un contrato de adhesión.<sup>60</sup>

En esta primera característica coincide plenamente con Fernández Ruiz, que expresaba lo mismo en la cita inmediatamente anterior.

2º) La desigualdad jurídica de las partes, que se traduce en que la administración pública tiene respecto al contrato la atribución de “a) adaptarlo a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del contratante; b) ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de este; y c) dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del cocontratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan.”<sup>61</sup>

Fernández Ruiz y otros autores (como Marienhoff) han señalado la desigualdad como una característica esencial de los contratos de obra.

3º) La mutabilidad del contrato, manifestada en la circunstancia de que si el interés público lo justifica, podría adaptárselo y modificárselo; dicho de otro modo, su flexibilidad, frente a la rigidez de los contratos de derecho privado.

4º) La peculiaridad de que el contrato administrativo puede producir efectos frente a terceros, cosa que no ocurre en el contrato de derecho privado: Un ejemplo de estos efectos es la tasa que el concesionario de un servicio cobrará a los usuarios, a raíz del contrato de concesión.<sup>62</sup>

Resulta claro, por lo demás, que el contrato de obra puede cambiar durante la ejecución de la obra.

5º) El privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento judicial, que impone al contratante la obligación de su cumplimiento inmediato. En mérito a este privilegio especial, la administración puede decidir ejecutivamente sobre la perfección del contrato y su validez, sobre su interpretación, sobre la revisión y modificación de las prestaciones debidas por el contratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones y haciéndolas efectivas.<sup>63</sup>

Al particular solo le queda cumplir las estipulaciones unilateralmente impuestas por la Administración, así lo ratifican también Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández refiriéndose a que en el contrato de obra opera el *riesgo y ventura*, lo que “quiere decir que, como el constructor ha de entregar la obra concluida a cambio de un precio alzado,

---

<sup>60</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), 11: 809.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, 810.

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> *Ibíd.*

asume mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar para él la obtención de ese resultado”.<sup>64</sup>

Sin embargo, el incumplimiento de un contrato cuyo objeto sea de obra, es causal de terminación en la legislación nacional, pero la administración pública deberá cumplir con condiciones básicas, así lo señala Agustín Gordillo, pues las condiciones a las que se adhirió al suscribir el contrato, no pueden ser definitivas, al contratista le está permitido recurrir en los plazos que determina el ordenamiento jurídico.

Al respecto, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández mencionan en la ejecución hasta la entrega de la obra, el constructor debe cumplir con las estipulaciones unilateralmente impuestas por la Administración Pública, debe operar el *riego y ventura*, asumiendo “mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar para él la obtención de ese resultado”.<sup>65</sup>

Por otro lado, el incumplimiento de las obligaciones de un contrato de obra es causal de la terminación del contrato, o la entidad contratante podrá imponer sanciones a los contratistas y hacer efectivas las garantías; sin embargo, el contratista podrá interponer los recursos en vía administrativa y judicial en caso de que la entidad contratante se extralimite en una de las cláusulas contractuales.

6°) La facultad administrativa de imponer sanciones al contratista por incumplimiento, aunque ellas no estén previstas en el contrato.

7°) La inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, esto es, la negación del derecho del contratista a exceptuarse de cumplir con sus obligaciones si la administración no ha cumplido con las suyas propias.<sup>66</sup>

Estas dos últimas características del contrato de obra actúan en contra de los intereses del particular que lo suscribe, pues en el caso de la imposición de sanciones, aunque no estén previstas revela<sup>67</sup> una tremenda desigualdad entre las partes al sobrepasar el marco jurídico. Una vez más es el interés público se impone por sobre el del contratista.

Sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, a la que alude Gordillo, otros autores están en desacuerdo. Por ejemplo, Berçaitz empezó negando la vigencia de esta excepción. Así, sostenía que otro de los aspectos que caracterizan a la subordinación jurídica en la relación contractual del particular con el Estado es que no puede dejar de cumplir sus obligaciones

<sup>64</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 708.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, 708.

<sup>66</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 809.

<sup>67</sup> Hay que acotar, sin embargo, que en el caso ecuatoriano, como dispone el artículo 71 de la LOSNCP, es de obligatoria estipulación la cláusula de multas.

amparado en que la Administración no cumple, a la vez, las suyas. “En principio, solo tiene derecho para reclamar jurisdiccionalmente el pago de las obligaciones de que le sea deudora la administración, con más los daños e intereses que el incumplimiento por parte de esta le haya ocasionado. Él ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera”.<sup>68</sup> Pero en la siguiente reedición de su obra el autor reconoce que este principio no es absoluto y concede que pese a que es correcta la afirmación de quienes sostienen que la *exceptio non adimpleti contractus* no cabe en el contrato de obra, “la aplicación de la teoría de la razonable imposibilidad de ejecutar esos contratos, vinculada, a su vez, a la teoría del hecho de la administración y a las consecuencias que son propias de este, permite solucionar todas las situaciones que puedan presentarse, de manera adecuada”.<sup>69</sup>

Al respecto Marienhoff inicia su análisis manifestando que la *exceptio non adimpleti contractus* sirve para evitar una injusticia, igual en el derecho privado que en el público, lo que impacta en el contrato de obra, y concluye que “aquella excepción tiene aplicación en el ámbito de los contratos administrativos pero limitada a la razonable imposibilidad de cumplimiento en la que debe encontrarse el contratista particular”.<sup>70</sup> En el sistema jurídico nacional, considerando que todo contrato es ley para las partes, explica desde luego el principio que se viene analizando.

Codina García-Andrade hace el análisis basado en las modificaciones de aumento de volumen en los contratos y la forma en que la administración trata de contener y evitar las consecuencias de estas variaciones y reflexiona “su carácter es más restrictivo en la medida en que son contratos que buscan mitigar el riesgo que asume la Administración. Los llamados contratos a tanto alzado, precio cerrado o, “llave en mano”, son un conjunto de técnicas que interesan a nuestro trabajo en tanto que convierten la modificación en algo más excepcional de lo normal”.<sup>71</sup>

Además, cabe considerar que los contratos de obra pública mantienen elementos objetivos, que son el resultado esperado; elementos finales, que responden a la satisfacción de la necesidad de la ciudadanía y el bienestar común como interés general; y elementos formales en cuanto al cumplimiento de solemnidades contractuales.

---

<sup>68</sup> Miguel Ángel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos* (Buenos Aires: Depalma, 1980), 370.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, 371.

<sup>70</sup> Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 376.

<sup>71</sup> Xavier Codina García-Andrade, *La modificación de los contratos y la protección del interés general* (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 614.

## 5. Tipos de obras públicas

El concepto de la obra pública es clave en la doctrina ius administrativa, es por ello por lo que Fernández destaca la importancia que su definición ha tenido en dicho proceso, puesto que así podrá entenderse su real dimensión y valorarse en su justa medida. Es un hecho constatable a través de la lectura de la historia que la obra pública ha configurado a la Administración desde mucho antes de la creación de este Estado moderno que se dice de derechos. “La influencia de la obra pública es, igualmente apreciable en todas las demás instituciones que surgen y se desarrollan al compás de las exigencias que la ejecución de aquella plantea, de los problemas que su explotación suscita”.<sup>72</sup>

Las obras públicas representan uno de los más grandes desafíos de la gestión de la Administración Pública, responde a directrices de desarrollo en pro de las necesidades de la ciudadanía, por lo tanto, su ejecución, control y regulación requieren de minuciosa atención y conocimiento.

La organización estatal ha tenido como una de sus obligaciones la provisión de obras, en el inicio pocas y muy al arbitrio de los gobernantes autoritarios, pero después, a medida que se configuraba la función social del Estado, esta pasó a convertirse en una función principal.

La obra pública, entonces, es la construcción (o modificación en general) de un mueble o inmueble para uso público, y estos pueden ser de muy distintos tipos, de modo que se puede afirmar que hay varios tipos de obras públicas. Sobre esto, Gordillo, por ejemplo, sostiene que la expresión no es empleada con un significado único, que se está designando con un mismo nombre a dos conceptos jurídicos, relacionados pero diferentes:

En el ámbito internacional algunos autores hacen una distinción entre obra pública y trabajo público, dentro de la segunda expresión comprenden: a) Los trabajos realizados directamente por la administración, b) los trabajos realizados por particulares mediante contratos de concesión de obra pública, c) los trabajos realizados por particulares mediante sistemas mixtos tales como el de “dirección interesada”, d) los trabajos realizados por particulares mediante contratos de obra pública con la administración.<sup>73</sup>

Sin que estas nociones resulten equivocadas, en la actualidad casi toda la obra pública se realiza bajo la modalidad de contratos de obra pública. A propósito del contrato de obra, García de Enterría y Fernández afirman que la figura contractual más frecuente en el ámbito

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*, 2463.

<sup>73</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 819.

administrativo es la “que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la administración”.<sup>74</sup>

Gordillo identifica dos sentidos para la locución obra pública, en el primero se refiere a cierto tipo de muebles o inmuebles hechos con fines de utilidad general, por tanto, son “obras públicas en este sentido, los puentes, caminos, edificios públicos, etc.”.<sup>75</sup> En el segundo, dice, se identifica con el concepto de contrato de obra pública, “y designa por ello a los contratos realizados por la administración con particulares para que estos construyan, por ejemplo, tales puentes, caminos o edificios”.<sup>76</sup> Es, por lo demás, evidente que en el primer caso se alude a un tipo de cosas y en el segundo a un tipo de contrato.

La noción de obra pública, según este autor, contiene cuatro elementos esenciales: “1) Se trata de una cosa mueble o inmueble, 2) de construcción artificial, es decir, realizada por la mano del hombre (por oposición a los bienes que existen en el estado en que los ofrece la naturaleza), 3) de propiedad del Estado, 4) afectada a fines de utilidad general”.<sup>77</sup>

Linares Jara, por su parte, asegura que más allá “de la distinción evidente entre obra pública y contrato de obra pública fundada en que lo primero constituye el objeto de lo segundo, la obra pública, como concepto propio del derecho administrativo, admite distintos criterios constitutivos”.<sup>78</sup>

Sobre los tipos de obras públicas, no existe en la normativa ecuatoriana una descripción, pero de la revisión de la teoría sobre los contratos y de las funciones que tiene el Estado, puede inferirse que esta se refiere a obras de infraestructura que financia algún nivel de gobierno, con sus propios recursos o a través de créditos o donaciones internacionales. Entre los tipos de obras públicas puede mencionarse las siguientes:

Obras de infraestructuras urbanas: refiere a la construcción de parques, calles, alumbrado público, etc.

Obras de infraestructura hidráulica: alude a la construcción de depuradoras, redes de distribución, presas, etc.

Obras de infraestructura de transporte: son todos los trabajos que engloba el transporte por carretera, el fluvial o marítimo, el ferroviario, el transporte aéreo y el transporte por conductos, como son los caminos, las autopistas, las carreteras, canales, puertos, aeropuertos, helipuertos, oleoductos, etc.

<sup>74</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 780.

<sup>75</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 820.

<sup>76</sup> *Ibíd.*

<sup>77</sup> *Ibíd.*, 821.

<sup>78</sup> Mario Linares Jara, “Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa”, *Círculo de Derecho Administrativo*, n.º 7 (2009): 175-90.

Edificios públicos: se incluyen los edificios sanitarios, educativos, las oficinas, etc.<sup>79</sup>

Para la ejecución de cualquier tipo de obra se debe definir el tipo de procedimiento a utilizarse y resulta importante discernir que obra pública es diferente de la obra industrial en el sentido de que la obra pública tiene por objeto servir a la comunidad, la industrial a intereses particulares. No obstante, hay una salvedad cuando la obra pública que se contrata cabe en esa clasificación, como las centrales hidroeléctricas.

De lo expuesto en este capítulo se colige que los contratos administrativos cuyo objeto es contratación de obra, son un instrumento amplio, sujeto a variaciones, en donde el administrador de contrato estará sujeto a las disposiciones del derecho administrativo, además de la legislación que en materia civil se considere supletoria para el efecto; determinar la naturaleza de los contratos administrativos ayuda ampliamente a los funcionarios públicos a comprender cómo debe estar encaminada la administración contractual.

---

<sup>79</sup> Arqys Arquitectura, “Tipos de obras”, *Arqys Arquitectura*, accedido 9 de julio de 2019, [https://www.arqhys.com/tipos\\_de\\_obras.html#Obras\\_publicas](https://www.arqhys.com/tipos_de_obras.html#Obras_publicas).



## Capítulo segundo

### Las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra

Este capítulo analizaremos la diferencia de cantidades y órdenes de trabajo que nacen del contrato de obra y la variación que ocasionan en su emisión, reconociendo primero que para que existan cualquiera de las dos figuras previamente debe aprobarse el presupuesto para ejecución, siendo este es el principal elemento, lo indicado consta en el artículo 90 de la LOSNCP,<sup>80</sup> y al tratarse de un incremento en el costo del contrato se comprueba que habrá una variación económica en el presupuesto de la entidad que directamente repercutirá al costo de la obra para el Estado.

Ambas figuras nacen de las actuaciones de un administrador de contrato que supervisa los contratos administrativos, instrumentos que contienen los derechos y las obligaciones como un acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos obligatorios, este hecho se motiva en lo que el Código Civil para nuestro país dispone en el artículo 1561,<sup>81</sup> donde determina que el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino de mutuo acuerdo o por orden judicial. Esta norma tiene su nacimiento en el principio *pacta sunt servanda*, uno de los principios más importantes en Derecho Civil, que quiere decir “los contratos están para cumplirse”,<sup>82</sup> consecuentemente con la teoría de riesgo y ventura, que significa que cuando se realizan compromisos a través de los contratos con el Estado, estos deben ser proveídos por el contratista por su propia cuenta y riesgo, sea a su mayor costo o a su menor costo, pues el acuerdo existe en las condiciones ya pactadas en el contrato.

Considérese que los contratos de la administración pública son de resultados, por lo cual el administrador del contrato debe buscar el cumplimiento del objeto contractual, y ahí nacen las generaciones de las órdenes de trabajo y las diferencias de cantidades de obra, buscando que el contratista cumpla lo pactado sin prerrogativas, este escenario pasaría si aplicamos el principio del *pacta sunt servanda*, sin embargo, los administradores de contrato

---

<sup>80</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial, Suplemento 395, 21 de agosto de 2018, art. 90. “Certificación de Recursos.- Para todos aquellos casos en que la Entidad Contratante decida contraer obligaciones de erogación de recursos por efecto de contratos complementarios, obras adicionales u órdenes de trabajo, de manera previa a su autorización deberá contarse con la respectiva certificación de existencia de recursos para satisfacer tales obligaciones”.

<sup>81</sup> Ecuador. *Código Civil*, art. 1561. “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

<sup>82</sup> Conceptosjuridicos.com, “Pacta sunt servanda”, *Conceptosjuridicos.com*, accedido 28 de enero de 2022, <https://www.conceptosjuridicos.com/pacta-sunt-servanda/>.

pueden confundir este principio por desconocimiento o porque la administración de los contratos se hace de forma consuetudinaria, incluso muchos de los administradores de contrato son técnicos que no tienen formación en cuanto a los principios administrativos que rigen el contrato y creen que los contratos administrativos se modifican discrecionalmente con una orden de trabajo o de órdenes de trabajo.

Para que la administración del contrato sea realizada de forma acertada, deberá el funcionario público tener el perfil profesional adecuado y comprender lo que es el contrato administrativo en primera instancia, ya que de este nace las diferencias de las cantidades de obra y las órdenes de trabajo, de ahí que tratar sobre el contrato administrativo que en tantos libros de derecho se trata, se torna relevante para el objeto de esta tesis. Entiéndase que los contratos que celebran las entidades estatales con particulares para cumplir con su obligación de provisión de obras, bienes y servicios a los administrados, en ocasiones pueden recurrir para dirimir las controversias que pudieran presentarse al derecho civil, puesto que el contrato no es una figura jurídica pura del derecho público. Los contratos de obra son acuerdos particularmente susceptibles de generar diferencias en cantidades de obra y necesitan órdenes de trabajo, debido a la concurrencia de diversos factores durante el lapso de tiempo en el que se realiza la obra.

Cuando el administrador del contrato con apoyo del fiscalizador analiza y consideran viable para el desarrollo de la obra y así la ejecución del objeto contractual, y emiten diferencias de cantidades u órdenes de servicio, per se, se modifica el contrato administrativo en cuanto a condiciones técnicas y equilibrio económico.

La exorbitancia en los contratos del Estado proviene de la misma Administración, que modifica lo contemplado en el contrato y que es asumida por los Administradores de contrato, cuya característica es que son servidores públicos, quienes luego de su nombramiento como administradores, tienen competencia para asumir el rol como parte de la entidad contratante. El jurista Georges Vedel identifica dos fuentes de la exorbitancia:

Una proviene simplemente del hecho de que los contratos administrativos contienen cláusulas exorbitantes de Derecho común en su propio texto [...]. En este caso, las prerrogativas de la Administración no son más que la aplicación del propio contrato y, si bien son exorbitantes por su contenido, no lo son por su fuente. Por el contrario, [...] algunas de ellas no tienen un origen contractual. Sin duda pueden figurar explícitamente en el contrato, pero existirían, aunque no hubiesen sido estipuladas. [...] En realidad, estas cláusulas son la consecuencia necesaria del régimen de potestad pública a que se hallan sometidas.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Georges Vedel, *Derecho administrativo* (Madrid: Aguilar, 1980), 205.

La doctrina ha sostenido que, en estos contratos, los administrativos, una de las partes —la estatal— disfruta de privilegios y potestades que los particulares, en su afán de obtener el contrato aceptan voluntariamente que el ente público se coloque en un nivel de superioridad jurídica, que eventualmente puede pasarles factura en forma de problemas caros de solucionar. “Esta superioridad tiene su correlativa subordinación en el contratante, que es además administrado”.<sup>84</sup> De tal forma que en esta situación la Administración tiene poder de control y dirección, facultad sancionadora (el *ius puniendi* estatal), capacidad de modificar unilateralmente el contrato (*ius variandi*), rescisión unilateral, entre otras potestades privativas del Estado.<sup>85</sup>

El *ius variandi* es la potestad o privilegio de que goza la Administración pública de modificar unilateralmente sin consentimiento del particular contratante, alguna de las cláusulas, prestaciones u obligaciones del contrato. Lógicamente que esa potestad de modificación unilateral o *ius variandi* le corresponde única y exclusivamente a la Administración pública.<sup>86</sup>

Esta potestad, al igual que las demás cláusulas exorbitantes, no precisa de haber sido incluida (escrita) en el contrato ni en las condiciones, ella forma parte de todo contrato de naturaleza administrativa. La persona natural o jurídica que firma un contrato con la Administración pública lo hace desde el conocimiento de estas singularidades en el trato.

El *ius variandi* está reconocido en la legislación de algunos países, por ejemplo, en el caso peruano:

En el Derecho peruano (ley 26850 o Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, texto ordenado por el decreto supremo 012-2001-PCM) no se contiene un principio en favor o en contra de uno u otro principio mencionado, aunque ciertas normas contenidas tanto en aquella ley (artículo 42), como en el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (artículos 135 y 136, decreto supremo 013-2001-PCM) habilitarían la posibilidad del ejercicio del *ius variandi* al reconocer la potestad de introducir adicionales, reducciones y ampliaciones a las prestaciones.<sup>87</sup>

Otro aspecto sobresaliente en la modalidad contractual es el *ius variandi*, designado como la facultad que tiene la Administración Pública para modificar unilateralmente las

<sup>84</sup> Alejandro Pérez Hualde, *Contratos administrativos* (Buenos Aires: Versión Crítica, 2002), 447.

<sup>85</sup> Cuando un particular contrata con el Estado lo hace bajo el conocimiento de esta desigualdad, puesto que él es un colaborador de la Administración, que tiene la misión de satisfacer las necesidades de obras, bienes y servicios de la población. Este entiende que las obligaciones contractuales que el Estado contrae con una persona -natural o jurídica- no tienen la misma rigidez que las que se adquieren en la firma de un contrato de particular a particular, es decir, uno que se dirige en el derecho civil.

<sup>86</sup> Francos Rodríguez, “El Ius Variandi como potestad de la Administración en los contratos administrativos”.

<sup>87</sup> Coviello, Pedro José, “El contrato administrativo: ¿*lex inter partes* o *ius variandi*?”, *Derecho PUCP*, n. ° 66 (2011): 177.

condiciones esenciales del contrato administrativo. El jurista Esteve Pardo, señala “la facultad de decisión unilateral congénita a la Administración cuando actúa en la órbita de sus competencias, la que, al proyectarse sobre el contrato administrativo, le imprime ese carácter de mutabilidad”.<sup>88</sup> En concordancia a la concepción anterior, Gastón Jéze, por su parte, menciona: “La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar el interés público, el normal funcionamiento del servicio”.<sup>89</sup>

Si bien es cierto, en el proceso precontractual el derecho vigente faculta a la entidad contratante y contratista según lo estipulen las partes, modificar el contenido del contrato administrativo; sin embargo, en el régimen de la contratación pública del país, no se ha previsto con carácter general el *ius variandi* (modificación unilateral) excepto que “se presenten situaciones que en las adquisiciones de bienes y servicios determinen la necesidad de disponer la ejecución de prestaciones adicionales, para lo cual normativamente se prevén las condiciones para su ejercicio”.<sup>90</sup> La determinación de esta necesidad, sin embargo, sigue siendo subjetiva, por lo que el particular no está a salvo de imposiciones que pudieran parecerle arbitrarias y perjudicarle económicamente.

En el ordenamiento legal ecuatoriano identificamos el *ius variandi* en algunos casos, iniciemos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permite la instrumentalización de contratos modificatorios, lo que significa realizar cambios, variaciones, condicionados por la existencia de un error manifiesto de hecho, de transcripción de cálculo, que conocemos en la práctica como errores aritméticos, así:

artículo 72.- Contratos modificatorios para enmendar casos de errores.- Para corregir errores manifiestos de hecho, de transcripción o de cálculo que se hubieren producido de buena fe en las cláusulas contractuales, las entidades podrán celebrar contratos modificatorios que enmienden los errores encontrados.<sup>91</sup>

La norma *ibídem*, en el artículo 85 considera otra forma de cambio del contrato administrativo a través de las obras y servicios complementarios, con ellos se puede ampliar, modificar o completar una obra o servicio por causas técnicas, pero no aplican para contratos de adquisición de bienes, y debe estar vigente el contrato principal para que el complementario

<sup>88</sup> Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 314-6.

<sup>89</sup> Gastón Jéze, *Principios generales del Derecho Administrativo: Teoría general de los contratos de la administración* (Buenos Aires: Depalma, 1950), 4: 139.

<sup>90</sup> Jorge Danós Ordoñez, “El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho administrativo*, coordinado por Eloy Espinoza-Saldaña Barrera y Jorge Danós Ordoñez (Lima: Palestra Editores, 2007), 40-112.

<sup>91</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto de 2008.

pueda suscribirse:

artículo 85.- Obras y servicios complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.<sup>92</sup>

La siguiente modificación la hemos mencionado a través del desarrollo del presente trabajo pues es el título de esta tesis, las órdenes de trabajo y las diferencias de cantidades de obra, que son figuras amparadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que modifican el contrato, con la característica que para su efecto no se requiere la suscripción de un contrato complementario, ya que es el aumentar o modificar las cantidades existentes en el contrato que no superen los porcentajes establecidos por la LOSNCP, además es el Administrador del contrato, que por órdenes administrativas propias de su competencia, dispone al contratista realizar las adiciones al contrato. De ahí que el Administrador de contrato, funcionario público de la entidad contratante, es el pilar fundamental de la ejecución del contrato, pues tiene la posibilidad de modificar el contrato directamente sin requerir autorización de la máxima autoridad, excepto cuando esta prohibición conste en las normas internas de las instituciones, por ejemplo, mediante resoluciones de delegación de la máxima autoridad, puede ser por el monto o tipo de contratación, la autorización para la suscripción de órdenes de trabajo y diferencia de cantidades, es dada por el delegado, no por el administrador, quien solicita la autorización primero para ejecutar lo pertinente. Es el artículo 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que contempla el aumento de las cantidades contenidas en el cuadro de cantidades del contrato principal hasta por el 5% del valor del contrato principal y sin modificar el objeto contractual.

Ahora bien, la siguiente forma de transformación de los contratos administrativos en la contratación pública nacional es el reajuste de precios, que se define en el artículo 82 de la LOSNCP así:

Artículo 82.- Sistema de Reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, a que se refiere esta Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a esta Ley. Serán también reajustables los contratos de consultoría que se suscriben bajo cualquier modalidad.

---

<sup>92</sup> Ibid.

Concomitantemente, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 126 se refiere al reajuste de precios, forma en la que variaría el contrato en su equilibrio económico, haciendo notar que será posible únicamente en contratos con precios unitarios, debiendo considerar que la LOSNCP en el artículo 53 prohíbe el reajuste de precios en contratos integrales por precio fijo:

Art. 126.- Sistema de Reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere la Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios previsto en este capítulo. En consecuencia, aquellos contratos, cuya forma de pago no corresponda al sistema de precios unitarios no se sujetará al sistema de reajuste previsto en este capítulo.<sup>93</sup>

En la práctica cuando sucede el reajuste de precios, son los técnicos del área requirente o quien tenga el conocimiento en la institución pública, que a través de la fórmula polinómica calculan el costo del reajuste de precios, el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) y la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), conceptúan a la fórmula polinómica de la siguiente manera:

Las fórmulas polinómicas son fórmulas matemáticas que constan en los contratos de ejecución de obras que celebra el Estado o las entidades del sector público, con la cual se realiza el reajuste de precios cuando ha existido variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en los contratos. Dichos costos se reajustan, para efectos de pago del anticipo y de las planillas de ejecución de obra, desde la fecha de variación.<sup>94</sup>

Las modificaciones en los plazos del contrato administrativo también se consideran como susceptibles de cambio en el instrumento contractual, que al igual de las órdenes de trabajo y las diferencias de cantidades de obras, son autorizadas por el administrador del contrato, dos son las formas que en la práctica realizan los administradores de contrato, la primera es la prórroga de plazo, descrita en el Reglamento General a la LOSNCP en el artículo 113 que dice textualmente: “En todos los casos en que la ley exija la suscripción de contrato, éste se otorgará por escrito; y, en los contratos de tracto sucesivo, en caso de prórroga, para que sea válida, deberá convenirse, también de manera expresa y por escrito”. Este artículo determina que la prórroga deberá ser realizada por escrito.

---

<sup>93</sup> “Art. 53.- [...] Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajuste o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito”.

<sup>94</sup> INEC, “Ecuador - Índice de Precios de la Construcción Año 2018, Base: Marzo 13 - Abril 12 de 2000”, INEC, 8 de mayo de 2019, <https://anda.inec.gob.ec>.

En mi experiencia, he visto contratos de entidades en los cuales la autorización de la prórroga está en las cláusulas contractuales condicionada a la autorización por escrito de la máxima autoridad o su delegado, otros en los cuales la competencia de las prórrogas se subyace en las competencias del administrador del contrato y un terceros en los cuales únicamente consta una cláusula que indica que se concede la prórroga al amparo de la normativa vigente, sin determinar cuál es el procedimiento para el efecto.

Otra forma de modificar el contrato por el plazo es la suspensión, si buscamos en la normativa aplicable diariamente en la contratación como es la LOSNCP, su reglamento general y la Codificación de Resoluciones, nos daremos cuenta que no existe un artículo específico que determine en qué consiste la suspensión de plazos, ni el procedimiento para llevarse a efecto, los administradores de contrato suelen, por su cuenta y creyendo ser competentes para ello, suspender el plazo del contrato, únicamente en la Codificación en el artículo 14 para la ejecución de las obras, en el numeral 7, consta como documento relevante para publicarse en el portal de compras públicas las órdenes de suspensión de trabajos en caso de haberlas. Sin embargo, en los pliegos de los procesos de contratación de obra que son de uso obligatorio para las instituciones públicas, constan la suspensión motivada por el contratante u ordenadas por ella, como causal para la autorización de prórrogas de plazo.

En cuanto a doctrina internacional respecto al *ius variandi* se hallan diferencias conceptuales y legales, en las legislaciones de todos los países democráticos, puesto que la contratación pública se caracteriza por la vastedad de sus obras y por la flexibilidad de algunas de las cláusulas de sus contratos, ya que tiene como justificación que trabaja por el bien mayor, que es el de la ciudadanía toda. El jurista mexicano Fraga, por ejemplo, es partidario de la mutabilidad del contrato, pero con ciertas limitaciones, en tanto sustenta que “el reconocimiento de las facultades de modificación y conclusión de los contratos administrativos no significa que el ejercicio de ellas pueda realizarse en una forma absolutamente discrecional por parte de la Administración”.<sup>95</sup> En la opinión del autor, la entidad estatal contratante no puede porque al proponer algunos de esos cambios podría incurrir en una vulneración de derechos de la otra parte; sin embargo, en algunos casos el Estado no se detiene en esas consideraciones.

Bandeira de Mello, autor brasileño, sostiene que el contrato administrativo debe ser ejecutado como cualquier otro contrato, esto es, fielmente. Aunque, al mismo tiempo, “por ser administrativo, están presentes las prerrogativas exorbitantes en orden a la protección de los

---

<sup>95</sup> Gabino Fraga, *Derecho administrativo* (Ciudad de México: Porrúa, 1994), 402.

intereses públicos, de consuno con las garantías de los particulares a ser resarcidos por las consecuencias de las modificaciones llevadas a cabo en procura de dichos fines públicos”.<sup>96</sup> Y que la parte pública del contrato puede exigir modificaciones fuera de plazo y de las cláusulas contractuales.

Juristo Sánchez se refiere al funcionamiento de esta potestad en la legislación española:

Las facultades que tiene atribuladas la Dirección de la obra, en cuanto manifestación de lo que se ha venido en llamar potestad cuasi doméstica de la Administración, se ejercen por medio de órdenes e instrucciones que aunque tienen un evidente contenido técnico, formalmente y por los efectos que despliegan en la relación contractual, son verdaderos actos jurídicos administrativos.<sup>97</sup>

Precisamente en Europa se encuentran todos los países del continente sujetos a las instrucciones que emanen de las entidades de la Unión, la Directiva 2014/24/UE establece que las condiciones en las que pueden hacerse las modificaciones de un contrato durante su ejecución exigen un nuevo procedimiento de contratación:

Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.

En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales de minimis, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva.<sup>98</sup>

Las naciones europeas adaptaron paulatinamente sus normativas al respecto a esta Directiva, ya que a partir de aquí todas las normativas deben contener los mismos requisitos, sin embargo, estas pueden variar de país a país en el enfoque y el alcance.

---

<sup>96</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo* (San Pablo: Malheiros, 1993), 287-8.

<sup>97</sup> Rafael Juristo Sánchez, “La ejecución del contrato de obra pública” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015), 130.

<sup>98</sup> Parlamento Europeo, *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE)*, Diario Oficial de la Unión Europea L 94/65, 26 de febrero de 2014, art. 107.

Algunos autores aseguran que, tradicionalmente, se considera que el interés de las mayorías prevalece sobre la inalterabilidad del contrato, ya que la “existencia de un tal poder reconocido a uno de los contratantes no confiere ninguna originalidad particular al contrato administrativo; no significa ninguna derogación al principio de la inmutabilidad de las estipulaciones contractuales”.<sup>99</sup> El interés de las mayorías es el que le permite al contratante solicitar cambios y generar esas diferencias en cantidades de obra que precisan de órdenes de cambio, las que están establecidas en la ley bajo unos ciertos lineamientos.

Se puede colegir entonces que el *ius variandi* se ve reflejado en nuestra legislación y en materia de contratación pública específicamente en las cláusulas de los contratos como aquellas de los complementarios, creación de rubros nuevos, diferencia en cantidades de obra, órdenes de trabajo, en el reajuste de precios, las modificaciones de plazos y formas de pago, que al final del día representan una variación a lo estimado en un inicio, sin embargo, esta variación se ejecuta dentro de ciertos límites ya predeterminados por la ley y que han sido expuestos al inicio de este capítulo.

## **1. Diferencias de cantidades de obra**

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 88 hace referencia a la diferencia en cantidades de obra permitiendo su ejecución así:

Diferencia en cantidades de obra. Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieron diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el cinco por ciento (5%) del valor del contrato principal, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes.

Entendemos con facilidad que las diferencias de cantidades de obra, permiten a la entidad contratante ampliar en volumen y cantidad los rubros que constan en el cuadro de cantidades del contrato principal, de este modo, en algunas ocasiones los contratos de obra que la Administración pública suscribe con diversas personas —naturales o jurídicas— presentan diferencias en algunos rubros respecto a lo que consta en la de cantidades suscrita durante su ejecución, esto se denomina diferencias en cantidades de obras. En los casos en los que esto sucede la ley estipula las condiciones y los límites en los que se podría llevar a cabo

---

<sup>99</sup> André de Laubadère, Franck Moderne y Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, (París: LGJD, 1983), 2: 330-1.

los cambios y adiciones que subsanarían esas diferencias.

Los cambios en el contrato se convierten en una alteración al desarrollo normal del mismo, por lo general los contratos de obra se caracterizan por su minucioso cuidado en la ejecución contractual, debido a las circunstancias no previstas que se puedan presentar en búsqueda de su continuidad y cumplimiento para satisfacer el interés general, de ahí, que las actuaciones de las partes deben ser asumidas con responsabilidad, motivadamente y en cumplimiento a la normativa legal vigente.

En los cambios que a través de la emisión de diferencias en cantidades de sufre un contrato de obra, está intrínsecamente contenida la voluntad de la administración en que se realice lo que considera faltante en su obra, potestad que tiene solamente el Estado para exigir cambios contractuales, pues la LOSNCP no prevé la obligatoriedad de suscribir contratos complementarios, u órdenes de trabajo o diferencia de cantidades en la obra, incluso podría en calidad de contratista pensar en la negativa de suscribir estos instrumentos, sin embargo, corre el riesgo de ser penalizado por el Administrador del contrato por incumplimiento de orden del administrador, pero qué sucedería en el caso de que el contratista no cuente con la capacidad técnica o económica para ejecutar una petición de incremento en cantidades a través de una orden de diferencia de cantidades en obra o una orden de trabajo, la respuesta es el incumplimiento de contrato.

De lo analizado se desprende que la exorbitancia existe en la emisión de las órdenes de trabajo y en las diferencias de cantidades de precios, que son discrecionales para la administración, pero obligatorias el momento que son dispuestas por el Administrador del contrato.

Según Francos Rodríguez, la exorbitancia es una desigualdad:

Este tipo de potestades son una demostración de que en un contrato administrativo las partes no se encuentran en una situación de igualdad jurídica. Esta desigualdad es la que facilita la inserción muchas veces de las denominadas “cláusulas exorbitantes”, que no requieren estar textualmente en la letra del contrato pues son parte del régimen exorbitante del contrato administrativo.<sup>100</sup>

En la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública,<sup>101</sup> el artículo 358 contempla las diferencias en cantidades

---

<sup>100</sup> Jesús Francos Rodríguez, “El Ius Variandi como potestad de la Administración en los contratos administrativos”, *Medina Garrigo Abogados*, 12 de mayo de 2016, <http://www.mga.com.do/el-ius-variandi-como-potestad-de-la-administracion-en-los-contratos-administrativos/>.

<sup>101</sup> Ecuador, *Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Edición Especial 245, 29 de enero de 2018.

de obra,<sup>102</sup> disponiendo que “las entidades contratantes en la ejecución de un contrato de obra podrán ejecutar diferencias en cantidades de obra, entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas del contrato principal, a través de órdenes de cambio, sin necesidad de suscribir un contrato complementario, siempre que no se supere el cinco por ciento (5 %) del valor del contrato principal, y no se modifique el objeto contractual”.<sup>103</sup>

Además dispone que “si las entidades contratantes requirieran ejecutar más incrementos en cantidades de obra que supere el porcentaje señalado en el primer inciso, podrán hacerlas mediante la celebración de uno o más contratos complementarios, siempre que no se supere el ocho por ciento (8 %) del valor del contrato principal”.<sup>104</sup>

El artículo 88 de dicha ley señala que la entidad contratante podrá ejecutar diferencia en cantidades de obra estimadas en el contrato y pagar directamente al contratista<sup>105</sup> hasta el cinco por ciento (5 %) del valor del contrato principal,<sup>106</sup> siempre que no haya modificación en el objeto contractual;<sup>107</sup> en la diferencia en cantidades de obra bastará con dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes para que exista.<sup>108</sup>

Respecto a la Diferencias en cantidades de obra, en el Manual de Contratación Pública, sus autores detallan la normativa que en la LOSNCP se refiere a las estas diferencias y aclara conceptualmente que las diferencias en cantidades de obra “se admite exclusivamente cuando es necesario ampliar la cantidad de rubros contractuales, pues su cantidad puede variar conforme la ejecución contractual. En tal virtud, no puede ser aplicada para la creación de rubros nuevos, puesto que para dicha circunstancia, de conformidad con el artículo 86 de la LOSNCP, lo procedente es la celebración de contratos complementarios”.<sup>109</sup>

Finalicemos sintetizando que en cantidades de obra, propende el aumento de las cantidades reales que consta en el contrato, por lo que se podrá incrementar sólo los rubros ya contemplados y para la emisión de las diferencias de obra, para su ejecución requieren de presupuesto, siendo entonces la certificación presupuestaria un requisito previo a su aprobación, deberá existir un documento escrito entre las partes: administrador de contrato, fiscalizador, contratista, incluso existen entidades donde suscribe el responsable financiero

---

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395, 21 de agosto de 2018.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Antonio José Pérez, Daniel López Suárez y José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 350.

para avalar la existencia de la certificación presupuestaria, y de requerirlo o de constar en el contrato, la máxima autoridad o su delegado.

En cuanto a las diferencias de cantidades de obra, ilustro esta figura con una acta titulada Acta de incrementos y decrementos en cantidades de obra Planilla No. 31, correspondiente al Gobierno Autónomo Descentralizados Municipal de Sigchos, del 17 de marzo de 2020, en la cual se visualiza el justificativo técnico de los incrementos de cantidades de obra, en el documento se describe los requerimientos a incrementarse y en el análisis económico el administrador del contrato determina que existen incrementos y decrementos en cuanto a diferencia de cantidades en la obra a ejecutarse en la cual describe los valores y porcentajes. La descripción a detalle realizada por el administrador de contrato, deja ver cómo se incluye en el acta de diferencia de cantidades de obra, el cálculo de los porcentajes y en este caso en especial se demuestra cómo se ha establecido los que se ha ejecutado y lo que no se ha ejecutado.

A continuación, el acta contiene el detalle de los incrementos y decrementos desbrozados por rubro, unidad, volumen de contrato, valor unitario, valor contratado, contratados no ejecutados e incremento de cantidades. Concluye el acta determinando los porcentajes de incremento de las cantidades de obra en la planilla de avance de obra n.º 31 y los decrementos. Aclara que el incremento ya tiene partida presupuestaria avalada por el Director Financiero y la constancia de la suscripción del instrumento por el Administrador del contrato, el fiscalizador y el contratista.

Respecto a la diferencia de cantidades de obra, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Servicio de Contratación de Obras SERCOP, mediante el Oficio n.º SERCOP-CGAJ-2021-0072-OF, de 5 de julio de 2021,<sup>110</sup> cuyo asunto fue Absolución de consulta, respecto a la aplicación de diferencia en cantidades de obra, artículo 88 LOSNCP, solicitado por la Administradora Zonal La Delicia, en cuya consulta preguntaba al ente rector de la contratación pública:

Se intermedie a favor de la veracidad de la aplicación del artículo 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 358 de la Resolución RE-SERCOP-2016-072, del 31 de agosto del 2016, en razón de aclarar si la diferencia en cantidades de obra, establecida en la Ley (5% del valor del contrato principal), y autorizada para cancelar sin necesidad de contrato complementario, incluye los incrementos y decrementos de las cantidades de obra, o únicamente, los incrementos; y, de incluirse únicamente los incrementos, se aclare el procedimiento para celebrar contratos complementarios, sin haberse ejecutado el

---

<sup>110</sup> Ecuador SERCOP, *Oficio SERCOP-CGAJ-2021-0072-OF*, 5 de julio de 2021, <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/07/SERCOP-CGAJ-2021-0072-OF.pdf>.

100% del valor contractual.<sup>111</sup>

En su análisis el SERCOP indica que:

es pertinente analizar a la figura de la diferencia en cantidades de obra, para lo cual, el Manual de Contratación Pública señala que: “[...] esta modalidad procede cuando se establece diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato [...]”; en otras palabras, la diferencia de cantidades son, las posibles modificaciones de cantidades de materiales o rubros producto de la propia ejecución contractual, este tipo de cambios suelen producirse debido a que en la ejecución contractual, no fue necesarios utilizar la totalidad de rubros propuestos, o por el contrario, debieron aumentarse un número superior al establecido, lo que generaría decrementos o incrementos en la ejecución del contrato.

Ahora bien, se debe indicar que efectivamente es aplicable la diferencia en cantidades de obra, para modificar la diferencia de los valores en los materiales o rubros, previamente establecidos sean de forma positiva (incrementos) o negativa (decrementos), siempre y cuando estas variaciones económicas no superen el cinco por ciento (5%) del valor reajustado del contrato principal y no se modifique el objeto contractual, en aplicación del artículo 88 LOSNCP, por lo que, las entidades contratantes podrán ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario. Sin perjuicio de lo manifestado se deberá considerar que, si los valores obtenidos superan el 5%, la entidad contratante deberá elaborar obligatoriamente un contrato complementario que instrumente la variación existente con los valores debidamente reajustados a la fecha del contrato complementario.

Concluye el órgano de control lo siguiente:

la generación de diferencia en cantidades de obra, pueden existir incrementos como decrementos y es posible realizarla sin la suscripción de un contrato complementario siempre y cuando los valores obtenidos con el correspondiente reajuste no excedan del 5% del valor del contrato principal debidamente reajustado. No está por demás mencionar que los procedimientos que se llevan adelante a través de la herramienta informáticas de contratación pública, son de exclusiva responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante o de sus servidores, de acuerdo a lo que establece el tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP. Hay que resaltar que, sea para el caso de reajuste de precio o contrato complementario, la entidad contratante deberá previamente contar con la respectiva certificación presupuestaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 LOSNCP, en concordancia con el artículo del 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.<sup>112</sup>

Con lo explicado por el órgano de control podemos colegir, que la variación que se ha abordado en el desarrollo del presente capítulo, considerado como el principio del *ius variandi*, en el caso de las diferencias de cantidades de obra puede ser en decremento, en la práctica he realizado procesos de actualización de certificación presupuestaria, que han sido solicitados por los administradores de contrato con la finalidad de mover los valores asignados a un rubro para que sean trasladados a otro rubro que requiere de mayor volumen o cantidad,

---

<sup>111</sup> *Ibíd.*

<sup>112</sup> *Ibíd.*

este movimiento puede considerarse igualmente como cambio económico en el contrato, que no tiene tendencia al desequilibrio, pues rota con sus fondos asignados en un inicio, sino que reasigna los valores que no se han usado en su misma ejecución para potenciar la adquisición de otros.

Para una mayor comprensión del funcionamiento de las diferencias en cantidades de obra, es preciso analizarlo a la luz del ejemplo del contrato MCO-DPAO-002-2012, de valor de USD 23 589,06 (antes de IVA), cuyo plazo era de sesenta días desde el anticipo (que asciende a USD 11 794.53):

Los trabajos estipulados en el contrato se ejecutaron acorde a los diseños, los materiales utilizados cumplieron con las especificaciones técnicas. En el proceso de ejecución del contrato se produjeron incrementos de cantidades de obra, avalados por el fiscalizador, por el valor de USD 5.599,19, dando un valor total ejecutado de USD 29.188.25, sin IVA. Al respecto, el contrato MCO-DPAO-002-2012, en su Cláusula Décima Quinta.- Contratos complementarios, diferencias en cantidades de obra u órdenes de trabajo establece: “Por causas justificadas, las partes podrán firmar contratos complementarios o convenir en la ejecución de trabajos bajo las modalidades de diferencias de cantidades de obra u órdenes de trabajo, de conformidad con lo establecido en los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la LOSNCP, y en los artículos 144 y 145 de su reglamento general”.<sup>113</sup>

## 2. Las órdenes de trabajo

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 89 hace referencia a las órdenes de trabajo con un límite del 2 % para ordenes de trabajo de la siguiente manera:

La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del dos por ciento (2%) del valor del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley.

Las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización.

Las órdenes de trabajo constituyen el documento, que, suscrito entre las partes, más la firma del fiscalizador de la obra, logra proveer a la obra de la entidad contratante los trabajos adicionales que en el devenir de la construcción no se visualizó en los estudios o constituyen imprevistos que, sin superar el monto indicado en el párrafo anterior, pueden ejecutarse por la administración del contrato.

Nótese además que ni la LOSNCP, ni el Reglamento ni la Codificación de Resoluciones tiene un límite de emisión de órdenes de trabajo, la única condición es no superar

---

<sup>113</sup> Ecuador Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, *Resolución n. ° 922-22-02-2018-E*, 22 de febrero de 2018.

los montos determinados para su emisión, no existe el mecanismo para la diferencia de cantidades que puedan ser generadas por el Administrador de contrato, tampoco determina si primero debe realizarse un contrato complementario primero o viceversa, no se cuenta con un mecanismo que estipule la forma de emisión, por lo que se vuelve un acto discrecional de la administración.

Existen posiciones respecto a lo que generan estos cambios en los contratos, Horgue Baena conceptúa la modificación que sufre el contrato como el “acto en virtud del cual se produce una alteración formal de las condiciones mismas en que se perfecciona el contrato”.<sup>114</sup> Alain Ghazi y Denis Tallon hacen hincapié en que el cambio realizado “tiene la intención de modificar un elemento del contrato, pero evitando la novación”.<sup>115</sup> Puesto que es un cambio obligado por necesidades de la obra, no un cambio de los términos del contrato, pero estas son de varios tipos, es decir, no existe una sola forma de modificar estos instrumentos.

Estas modificaciones se enmarcan en una de las características más relevantes del contrato administrativo, y es el régimen jurídico que se les aplica: de derecho público con reglas exorbitantes del derecho común, lo que en la praxis implica que la Administración pública tiene prerrogativas que ningún contratista privado podría ejercer.

Según Hoepffner, en Francia la forma de “modificar unilateralmente el contrato ha sido a través de las órdenes en la ejecución (*ordre de service*), aunque legalmente no sea reconocida como instrumento de modificación del contrato”.<sup>116</sup> Pese a que implica erogación de dinero para la entidad estatal contratante, debido a que la normativa lo contempla hasta un cierto límite.

Codina García-Andrade señala que en España el libro de órdenes de trabajo es un instrumento mal empleado, que en lugar de ser el documento donde se “aclara e interpreta el proyecto a ser la vía de corrección de imprevisiones, ampliación de dotaciones, mejoras de calidades y cambios en general. Por supuesto, a la hora de redactar el proyecto modificado casi nunca son las motivaciones y los cambios reales los que se describen y se valoran, sino aquellos que menos inconvenientes”.<sup>117</sup>

Para conceptualizar las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra, remitámonos en primer lugar al documento que está en su mayoría transcribiendo la

---

<sup>114</sup> Concepción Horgue Baena, *La modificación del contrato administrativo de obra* (Madrid: Marcial Pons, 1997), 32.

<sup>115</sup> Alain Ghazi y Denis Tallon, *La Modification de l'obligation par la volonté des parties: étude de droit civil français* (París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980), 13.

<sup>116</sup> Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif* (París: Lextenso, 2009)56.

<sup>117</sup> García-Andrade, “La modificación de los contratos y la protección del interés general”, 126.

disposición de la LOSNCP y su reglamento, nos referimos a la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública,<sup>118</sup> en el Capítulo II,<sup>119</sup> contempla de las órdenes de trabajo, órdenes de cambio y contratos complementarios, en el artículo 357,<sup>120</sup> referente a las órdenes de trabajo<sup>121</sup> “permite a las entidades contratantes en la ejecución de un contrato de obra requerir una o más órdenes de trabajo para realizar rubros nuevos hasta el dos por ciento (2%) del valor del contrato principal, sin que se deba suscribir contrato complementario alguno, empleando la modalidad de costo más porcentaje”.<sup>122</sup>

Expresa además que “solo en el caso de que se haya ejecutado rubros nuevos por un monto equivalente al dos por ciento (2 %) del valor del contrato principal y se requiere realizar más rubros de esta naturaleza, la entidad contratante deberá suscribir uno o más contratos complementarios, sin que en ningún caso el contrato o la suma de aquellos superen el ocho por ciento (8 %) del valor del contrato principal”.<sup>123</sup>

En la resolución indicada se identifica una palabra clave: orden. Durante la ejecución del contrato se suelen dar órdenes o instrucciones sobre cambios en la obra, por lo que se torna necesario determinar dónde nace la posibilidad de dar órdenes. En el Código Orgánico Administrativo, en el artículo 121 se permite la “Instrucción, orden de servicio o sumilla. Los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes a través de una instrucción, orden de servicio o sumilla claras, precisas y puestas en conocimiento de la persona destinataria. Pueden constar insertas en el mismo documento al que se refieren o por separado. Para su instrumentación se puede emplear cualquier mecanismo tecnológico. Su incumplimiento no afecta la validez del acto, independientemente de la responsabilidad disciplinaria de la o el servidor público”,<sup>124</sup> concordante con lo que determina el artículo 120 de la norma *ibídem*, se concluye que las órdenes administrativas son actos de simple administración, pues la orden de trabajo es una decisión unilaterales de la administración del contrato, avalados por el fiscalizador del contrato, que deben contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización, que produce un efecto al contratista y es que deberá realizar lo que dispone la Administración del contrato y el fiscalizador, por estar

---

<sup>118</sup> Ecuador, *Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Edición Especial 245, 29 de enero de 2018.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial Suplemento 31, 7 de julio de 2017.

embestidos en su calidad de funcionarios públicos, con la posibilidad de realizar las órdenes de trabajo que consideren necesario.

A través de las órdenes de trabajo, el administrador de contrato asume la modificación de las cantidades de la obra contratada en aumento, sin que sea necesario suscribir un contrato complementario, así lo hemos mencionado ya anteriormente. Antes de la reforma a la LOSNCP realizada en la Ley No. 0,<sup>125</sup> Registro Oficial Suplemento 966, 20 de marzo del 2017, se contemplaba hasta el 25 % del valor reajustado del contrato principal, siempre y cuando no modifique el objeto contractual.<sup>126</sup> Este porcentaje causó sobrepuestos abrumadores en los montos de los contratos de obra, los que fueron revelados por la Contraloría General del Estado a través de exámenes especiales y alarmantes notas de medios de comunicación como el artículo titulado “Sobrepuestos llegaron hasta el 1.156% en obras emblemáticas en Ecuador, según tres empresas auditoras extranjeras”,<sup>127</sup> donde se mencionan obras como la Refinería del Pacífico, la Planta de Licuefacción de Gas Bajo Alto, el Poliducto Pascuales, el Terminal Marítimo de Monteverde y la Refinería de Esmeraldas, son muestra de contratos de obra que agotaron los montos de las órdenes de trabajo, incluso en algunos caso se emitieron órdenes de trabajo superando el monto del porcentaje permitido por la ley y además con la suscripción de contratos complementarios se perjudicó al Estado en gran medida.

En la ejecución de la obra el constructor puede encontrar ciertas dificultades que ameritan realizar algunas modificaciones, que, si bien es cierto, pueden ser solicitadas por la entidad contratante también pueden ser sugeridas por el contratista, generándose una variación en los costos de la obra, y por ende afectando el presupuesto establecido; que si no existe la factibilidad de realizar reajustes en el precio de la obra puede conllevar a la terminación del contrato.

En el caso de producirse variaciones en los costos y amerite un reajuste de precios de la obra, para efectos de pago de anticipo y de generación de órdenes de trabajo, la entidad contratante y el contratista deberán generar y justificar con la documentación habilitante y motivada los rubros que serán objeto de variación y que mantengan concordancia con el cumplimiento del objeto del contrato. En concordancia con lo expuesto, Marienhoff sostiene:

---

<sup>125</sup> Ecuador, *Ley Orgánica para la eficiencia en la Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 966, 20 de marzo de 2017.

<sup>126</sup> Ibid.

<sup>127</sup> El Universo, “Sobrepuestos llegaron hasta el 1.156% en obras emblemáticas en Ecuador, según tres empresas auditoras extranjeras” *El Universo*, 8 de enero de 2019, <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/01/08/nota/7128053/sobrepuestos-llegaron-hasta-1156-obras-emblematicas/>.

la Administración durante el lapso de ejecución del contrato puede introducir todas las modificaciones requeridas por los intereses públicos. Esta potestad de la administración va incluida en todo contrato administrativo al extremo de que la vigencia de tal potestad no requiere estipulación expresa alguna, pues esta sobreentendida. Esto permite que la administración introduzca modificaciones a los contratos ante el cambio de circunstancias para cumplir con la finalidad perseguida, siempre que sean absolutamente necesarios.<sup>128</sup>

La orden de trabajo se utiliza para la creación de rubros nuevos, empleando la modalidad de costo más porcentaje, para lo cual es necesario que los recursos para los nuevos rubros estén debidamente presupuestados. Es preciso señalar que en los contratos complementarios en la modalidad integral por precio fijo, no son aplicables las disposiciones del Capítulo VIII de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La LOSNCP en el artículo 89, indica que se podrán generar nuevas órdenes de trabajo, para la creación de nuevos rubros hasta el dos por ciento (2 %) del valor del contrato principal,<sup>129</sup> empleando la modalidad de costo más porcentaje. En este sentido, es preciso acotar que los recursos deben estar presupuestados de conformidad con la ley<sup>130</sup> y que las órdenes de trabajo deberán contener las firmas de las partes y de la fiscalización,<sup>131</sup>

Otro concepto de la orden de trabajo fue desarrollado por la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo y define a la orden de trabajo como al:

Documento por medio del cual se instrumenta la creación de rubros nuevos conforme las regulaciones y porcentajes previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o Resoluciones del SECOP, serán autorizados por el Administrador del Contrato y suscritas entre el Contratista, el Fiscalizador y el Administrador del Contrato.<sup>132</sup>

Este concepto nos confirma que las órdenes de trabajo son adiciones que se precisan cuando se tienen que hacer cambios en un contrato administrativo de obra durante la ejecución de esta, que son de carácter extraordinario y generalmente a petición de la entidad contratante.

En conclusión, la orden de trabajo se admite la creación de rubros nuevos, lo que significa que por esta orden se pueden incrementar valores para realizar actividades en la obra que no estaban contemplados en el contrato originalmente, y la determinación de sus costo y precios unitarios, deberá ser realizada de común acuerdo entre las partes.

---

<sup>128</sup> Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 55.

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> Ecuador Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, *Manual de procedimientos contractuales para los contratos de ejecución de obras, adquisición o arrendamiento de bienes o prestación de servicios, incluyendo los de consultoría contenidos en la Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Resolución SOT-DS018, 7 de junio de 2016.

Las órdenes de trabajo son generadas por el administrador del contrato, avalados por el fiscalizador, que deben contar una partida presupuestaria que garantice los fondos para el pago al contratista; estas figuras, al ejecutarse varían los montos del contrato por lo que el equilibrio financiero del mismo se trastoca al alza. Los porcentajes permitidos para las órdenes de compra del 5 % sobre el valor total del contrato, si este monto supera el porcentaje permitido, corresponde un contrato complementario. Siempre el incremento de costo dará como resultado la variación del contrato administrativo y dependerá de las circunstancias en las que se ejecuten dichos rubros, para que se pueda la administración de contrato planificar otras variables, el efecto es tratar de ejecutar el objeto contractual, siendo los cambios contractuales por diferencias de cantidades de obra y órdenes de trabajo sustentados en estudios e informes técnicos, debidamente motivados y argumentados, a más de incorporar un nuevo cronograma a fin de precautelar los tiempos de ejecución.

Es conveniente ejemplificar una ordene de trabajo, un ejemplo que permite entender su estructura y funcionamiento es la que se encuentra en el documento DIC-TEC-WT-2017-0634, dirigido al economista Carlos Hernández Pinto (Director de Infraestructura Comunitaria) y el ingeniero William Taday Ordóñez (Administrador del Contrato), emite la orden de trabajo n° 1 (por rubros nuevos) para el contrato COTO-MIMG-040-2016 reconstrucción del andén n.º 15 del mercado transferencia de víveres de la parroquia Pascuales,<sup>133</sup> la obra tiene un costo de USD 786 731,64 (setecientos ochenta y seis mil setecientos treinta y uno 64/100 dólares de EE. UU.)

La contratista manifiesta que en reunión sostenida el 18 de septiembre de 2017 del presente año, se realizó la inspección técnica y surgió la necesidad de aumentar ciertos rubros nuevos, que no fueron incluidos en el presupuesto contractual de costo que indica que son los siguientes:

Hormigón  $f_c=210\text{kg/cm}^2$  para bordillos. Canalón ubicado en parte sur del Andén cajas de registro y bajantes de AA, LL, etc. Los mismos que se indican el oficio del fiscalizador y comunicación de la contratista.

Por lo que el contratista solicitó la aprobación y la autorización para realizar los trabajos a entera satisfacción de la entidad, y llevar a cabo el objeto del contrato. Cabe mencionar que lo referente se transcribió mediante oficio (MTVA 15-026-2017).<sup>134</sup>

En vista de lo expuesto por la empresa contratista, la fiscalización comunica que se deben tomar acciones y señala que la evaluación técnica determina que son necesarios

---

<sup>133</sup> El documento completo consta en la sección final como anexo 1.

<sup>134</sup> Ilustre Municipalidad de Guayaquil, *Oficio DIC-TEC-WT-2017-0634*, 13 de noviembre de 2017,

cambios, por lo que se debe continuar con los trámites respectivos, de este modo, la fiscalización concluye lo siguiente:

Fiscalización solicita, considerando lo expuesto, se haga el trámite pertinente para revisar lo que se requiere y conseguir los recursos económicos, dando la RESERVA DE RECURSOS, PARA SU POSTERIOR FISCALIZACIÓN.

Para el caso de RUBROS NUEVOS, el fiscalizador indica que se requiere la RESERVA DE RECURSOS por un valor de \$ 15653.70 (1.99% del monto contractual). En atención a lo indicado, en calidad de ADMINISTRADOR DEL CONTRATO, mediante oficio DIC-WT-2017-0062, con fecha de recibido 26 de octubre de 2017, dando atención a lo solicitado por la fiscalización, se indica que es procedente tramitar la reserva de recursos por un monto de \$ 15653,70, por quince mil seiscientos treinta y cinco con 70/100 dólares de los Estados Unidos de Norte América.<sup>135</sup>

Esta petición se enmarca en lo que sostiene el artículo 89 de la ley del área (ya citada en este texto) sobre órdenes de trabajo.

### **3. Análisis normativo de las diferencias en cantidades de obra y las órdenes de trabajo**

En el año 2013 se dio la reforma a la normativa de contratación nacional y se modificó a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en la que se estableció el porcentaje permitido para órdenes de trabajo, diferencia en cantidades de obra y contratos complementarios. En esa Ley se permitía fusionar los porcentajes de cada una de estas modalidades de variación en contratos de obra hasta el 70 % del valor total del contrato reajustado. Varias consultas a la Procuraduría General del Estado respecto a si se debían aplicar estas modificaciones individualmente o si se podía sumar sus totales o dos de los porcentajes, motivaron para que exista esta reforma, sin embargo, hay que reconocer que el porcentaje del incremento de 70 % del monto del contrato en obra hizo que por una década el país desbordara con costos impresionantes que a la larga determinaron a través de la Contraloría General del Estado sobrepagos que hasta la presente fecha no han podido ser recuperados a favor del Estado.

En el Segundo Suplemento del Registro Oficial 966, de 20 de marzo de 2017, se publicó la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, se definen los siguientes puntos relevantes de análisis respecto al cambio normativo:

- i) Los estudios, que deben contener el análisis para informar a la misma entidad contratante si existirán contratos complementarios y que puedan superar el 15 %

---

<sup>135</sup> *Ibíd.*, 5.

del valor del contrato principal.

- ii) La expropiación, se unificó la normativa sobre expropiación que constaban en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y otras; además se incrementa el requisito que para los trámites de declaratoria de utilidad pública se debe adjuntarse el proyecto en el caso de construcción de obras de conformidad con la ley que regula el uso del suelo. No aplica esta normativa a la expropiación de tierras rurales para el agro, pues se mantiene con su propia ley; los pagos de las inscripciones se realizarán al Registrador de la Propiedad quien deberá comunicar al juez la cancelación en caso de embargo, secuestro o prohibición de enajenar y contempla todo el procedimiento en este tema.
- iii) Impugnación de expropiación, dando paso a la impugnación del acto administrativo de expropiación.
- iv) Contratos complementarios, determinando que la suma total de cuantías de contratos complementarios no podrá ser superior al 8 % del valor del contrato principal. Para obras y consultoría del 15 %, en diferencia en cantidades de obra 5 %, para las órdenes de trabajo 2 % y se incluye a la Contraloría General del Estado, para que, en casos excepcionales y previo informe favorable del Contralor General del Estado, el valor de contratos complementarios de obra y consultoría podrán alcanzar hasta el 35 %. Dispone que de superar el porcentaje indicado se deberá terminar el contrato e iniciar un nuevo proceso de contratación, emprendiendo acciones contra consultores y funcionarios responsables de los estudios precontractuales (destitución sin derecho a indemnización previo sumario administrativo). El nuevo porcentaje para la cuantía de los contratos complementarios rige para los contratos suscritos a partir del 20 de marzo de 2017, de conformidad con la regla 18.<sup>a</sup> del artículo 7 del Código Civil.
- v) El origen lícito de sus recursos y detalle de accionistas, tendiente a verificar si están inhabilitados para participar en procedimientos de contratación pública los socios o accionistas.
- vi) La contribución especial de mejoras, que dispone que “las entidades que conforman la Administración Pública Central e Institucional también podrán cobrar contribución especial de mejoras por la ejecución de obras públicas realizadas por estas”.

Descritas como han sido las reformas normativas que han cambiado a la Ley Orgánica

del Sistema Nacional de Contratación Pública, visualicemos a continuación la diferencia de los porcentajes que existía en la ley del 2013 y la ley reformada al 2017.

Tabla 1  
Diferencias porcentuales de la Ley 2013 y Ley 2017

	Ley 2013	Ley 2017	Diferencia de porcentajes
<b>Órdenes de trabajo</b>	10%	2%	8%
<b>Diferencia de cantidades</b>	25%	5%	20%
<b>Contratos complementarios</b>	35%	8%	27%
	70% se podían sumar todos los porcentajes de las figuras, hasta este porcentaje del precio del contrato reajustado.	No se permite la sumatoria de los porcentajes, las figuras se aplican individualmente.	

Fuente: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública 2013 y 2017  
Elaboración propia

Con el cuadro anterior se puede aportar en el análisis normativo los siguientes datos: hubo una disminución del 25 % hasta el 5 % en la diferencia de cantidades de obra; cumpliendo con lo que determina el artículo 88 de la LOSNCP y que a marzo de 2017 dispone que no debe sobrepasar del 5 %.

El aumento de la diferencia en cantidades de obra se realiza en igual forma en ambas leyes, tiene que existir la autorización de la entidad contratante y de conformidad a lo que dispone la normativa legal de contratación pública.

Las órdenes de trabajo y la aplicación de la modalidad de costo más porcentaje deben estar sustentados en los informes técnicos del administrador de contrato y del fiscalizador de la obra; lo que le otorga valor jurídico, de lo contrario sería nulo, además de la obligatoriedad de la existencia de la partida presupuestaria como requisito previo a la suscripción de la orden de trabajo o acta de diferencia de cantidades.

En la LOSNCP cuando sobrepasa el porcentaje determinado por diferencias en cantidades de obra que es el 5 %, la entidad contratante y contratista deberán suscribir un contrato complementario; el mismo que le permitirá extender un porcentaje del 8 %; siempre y cuando se cuente con la certificación de la disponibilidad de fondos, bajo las condiciones determinada en el artículo 24 de la LOSNCP,<sup>136</sup> la ley de contratación del año 2013 permitía que en las cantidades de obra exista un incremento del 25 % y sorprendentemente para el

<sup>136</sup> *Ibíd.*, art. 24. “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley, para iniciar un proceso de contratación se requiere certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación”.

contrato complementario el 35 %.

Considérese que el artículo 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>137</sup> instituye que cuando existen diferencias entre las cantidades reales (ejecutadas)<sup>138</sup> y las que constan en el cuadro de cantidades del contrato, la ejecución de esos rubros se ha previsto en los planos y especificaciones del contrato, y ello no comporte ninguna modificación del objeto contractual, la entidad podrá<sup>139</sup> sin necesidad de la suscripción de un contrato complementario- pagar directamente hasta el 5 % del valor del contrato original.<sup>140</sup> Es requisito indispensable dejar constancia de los cambios en un documento firmado por las partes y aprobado por el fiscalizador de la obra. En este deberán constar cantidad y calidad, la mano de obra, los materiales que se emplearán, así como se consignará que se pagará al contratista sobre la mano de obra utilizada y con relación a los salarios del contrato principal.<sup>141</sup> Lo anotado en el artículo 88 de la LOSNCP no implica, necesariamente, una ampliación en el plazo de entrega de la obra. Sin embargo, sostiene Proaño Navarrete, “la disposición que consta en la cláusula contractual, la incluye como causa por si por una orden de cambio se requiriera prorrogar el plazo”.<sup>142</sup>

Afinemos entonces lo analizado en este numeral: los contratos complementarios, órdenes de trabajo y las diferencias de cantidades de obra son instrumentos accesorios, en los cuales constan los cambios en los contratos de obra se pueden realizar sin cambiar el objeto de la contratación y es celebrado por las mismas partes contractuales sin la necesidad de la ejecución de un nuevo procedimiento de contratación.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>143</sup> regula las modificaciones de orden económico que se realizan a los Contratos Administrativos, sin limitar las ampliaciones de los plazos.<sup>144</sup>

---

<sup>137</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395, 21 de agosto de 2018.

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> Ibid.

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 88.

<sup>142</sup> María José Proaño Navarrete, “Análisis de las prórrogas y suspensiones de plazo en los contratos de obra pública en el Ecuador: efectos jurídicos” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2019), 59.

<sup>143</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 88.

<sup>144</sup> Ibid.

Es fundamental aclarar que los contratos complementarios, las órdenes de cambio y órdenes de trabajo, modifican las condiciones iniciales del contrato principal sin que haya afectación en el objeto del contrato; además de que son suscritos por las partes contractuales; es decir, la LOSNCP regula el orden económico de los contratos administrativos, y la ampliación de los plazos.

## **Capítulo tercero**

### **Los riesgos de la emisión de las órdenes de trabajo y de cambio en la ejecución del contrato**

Iniciamos este capítulo con la intención de analizar el riesgo y las implicaciones que la emisión de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra pueden ocasionar tanto para el equilibrio financiero del contrato, para el presupuesto de la entidad contratante, para el administrador de contrato, el fiscalizador y el contratista.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el riesgo como la “contingencia o proximidad de un daño”<sup>145</sup>, por lo que se colige que es un evento que puede suceder y causar inconvenientes sobre una actividad definida, en el tema que nos atañe, deberán los funcionarios responsables de la aprobación de las órdenes de trabajo y las diferencias de cantidades de obra medir los riesgos sobre el impacto que la autorización conllevarán.

Al ser las órdenes de trabajo y las diferencias de cantidades de obra actividades que requieren presupuesto referencial, inciden en el presupuesto de la entidad y se genera riesgo para el equilibrio financiero del contrato, el que radica en el cambio del presupuesto de la entidad contratante, la que deberá realizar ajustes a los presupuestos ya planificados en el POA, para asignar los recursos que sustenten los pedidos de órdenes de trabajo y las diferencias de cantidades de obra, el movimiento parecería fácil a nivel de sistemas en las Direcciones Financieras, pero sucede que para la asignación de presupuesto se debe retirar los recursos a un proyecto planificado para fondar otro, lo que significa que una actividad planificada se dejará de hacer. Si bien la construcción de obra tiene muchas probabilidades de cambio en cuanto a su estructura, por ende, al incremento y decremento de rubros, es responsabilidad de los funcionarios públicos técnicos que desarrollan las especificaciones técnicas lograr la planificación de la obra lo más apegado a la realidad para evitar que el administrador de contrato genere órdenes de trabajo y diferencias de cantidades de obra.

Desde el escenario del riesgo para el administrador de contrato y el fiscalizador, en su calidad de servidores públicos, las Normas de Control Interno para las entidades, organismos

---

<sup>145</sup> Real Academia Española, “riesgo”, RAE, accedido 28 de enero de 2022, <https://dle.rae.es/riesgo?m=form>.

del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos Públicos, en el numeral 300 considera que se deberá realizar la Evaluación del Riesgo así:

La máxima autoridad establecerá los mecanismos necesarios para identificar, analizar y tratar los riesgos a los que está expuesta la organización para el logro de sus objetivos. El riesgo es la probabilidad de ocurrencia de un evento no deseado que podría perjudicar o afectar adversamente a la entidad o su entorno. La máxima autoridad, el nivel directivo y todo el personal de la entidad serán responsables de efectuar el proceso de administración de riesgos, que implica la metodología, estrategias, técnicas y procedimientos, a través de los cuales las unidades administrativas identificarán, analizarán y tratarán los potenciales eventos que pudieran afectar la ejecución de sus procesos y el logro de sus objetivos.<sup>146</sup>

Consecuente con lo anterior, la misma norma en el numeral 406-03 referente a la contratación, responsabiliza a la máxima autoridad de las entidades contratantes del cumplimiento de la planificación en cuanto a adquisiciones, sin embargo, identificamos las medidas que deberá adoptar: “La ejecución de las compras programadas para el año se realizará tomando en consideración el consumo real, la capacidad de almacenamiento, la conveniencia financiera y el tiempo que regularmente toma el trámite. La certificación de la disponibilidad presupuestaria, así como la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación”.<sup>147</sup>

En el numeral 408-17 las funciones del administrador del contrato, atribuyéndole la responsabilidad de velar por el cabal y oportuno cumplimiento, además en las funciones le responsabiliza de e) “Autorizar el inicio de la obra o de cualquier trabajo no contemplado en los planos originales, que deba cargarse a los fondos destinados al proyecto”<sup>148</sup> y g) “Establecer la estructura organizacional apropiada para la ejecución de la obra, considerando todos los aspectos que intervienen en ella financieros, legales”.<sup>149</sup> En el numeral 402-04 respecto al Control trata la norma de la evaluación en la ejecución del presupuesto por resultados conmina a que “los responsables de la ejecución y evaluación presupuestaria, comprobarán que el avance de las obras ejecutadas concuerde con los totales de los gastos efectivos, con las etapas de avance y las actividades permanezcan en los niveles de gastos y dentro de los plazos convenidos contractualmente”.<sup>150</sup>

La razón por la cual enfocamos los riesgos desde la Norma Interna de la Contraloría

---

<sup>146</sup> Ecuador, *Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. Acuerdo de la Contraloría General del Estado 39*, Registro Oficial Suplemento 87, 14 de diciembre de 2009.

<sup>147</sup> *Ibíd.*

<sup>148</sup> *Ibíd.*

<sup>149</sup> *Ibíd.*

<sup>150</sup> *Ibíd.*

General del Estado se debe a que esta norma la motivación que utilizan los equipos auditores para establecer responsabilidades a los administrados, en nuestro caso, por la emisión de órdenes de trabajo y diferencias en cantidades de obra, a los Administradores de contrato, fiscalizador, contratista y todo aquel que haya tenido actuación en la cadena de compra.

Las observaciones vierten de frases frecuentes sancionadoras como: no controló, no revisó, no observó, no supervisó, y de esta manera enlaza el auditor, que tiene una misión sancionadora al final del día, la responsabilidad al administrado.

El contratista, a quien para efectos del control de la CGE reconoce como un administrado, también es sujeto de responsabilidad sobre los fondos recibidos a través de las órdenes de trabajo y la diferencia en cantidades de obra. Ya lo dijimos anteriormente, no existe obligatoriedad de suscribir las órdenes de trabajo y la diferencia de cantidades de obra, sino es una suerte de efecto del contrato principal, cuya cláusula de objeto es construir una obra. Pero qué sucedería si el contratista no tuviera la capacidad técnica para realizar la ejecución de los nuevos trabajos requeridos en las órdenes de trabajo, entonces se vería un escenario complicado pues podría incumplir el contrato al no acatar los pedidos del administrador de contrato.

Esta situación desde el lado de la experiencia como administradora de contratos, requiere de experticia en el tema de comunicación y relaciones interpersonales, pues debido a la incompatibilidad entre administrador de contrato y contratista, se puede llevar a un contrato al fracaso, de ahí que la Codificación de Resoluciones del SERCOP determinó en el artículo 530.4 la oposición al Administrador con el siguiente texto:

El contratista podrá solicitar a la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, el cambio de administrador del contrato, por razones debidamente justificadas, que puedan alterar la correcta ejecución del contrato. En cualquier caso, la máxima autoridad o su delegado, procederá al análisis respectivo, y de ser pertinente designará un nuevo administrador del contrato.<sup>151</sup>

Por lo que se colige que la exorbitancia de la institución respecto a la imposición del Administrador del Contrato, ya no es viable.

Uno de los riesgos no enlistados, pero que es de preocupación mundial y de la aplicación de luchas contra por el gobierno nacional y que pretende ser aplacado por la Contraloría General del Estado y demás órganos de control es la corrupción.

Esta conducta humana que se asocia definitivamente a un componente económico y

---

<sup>151</sup> Ecuador, *Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública* 72. Registro Oficial Edición Especial 245, 29 de enero de 2018.

de búsqueda de poder, ha hecho que se formen círculos de corrupción, personalmente e identificado varias causas que llevan a los funcionarios públicos que hacen contratación pública a corromperse: bajos salarios vs excesiva responsabilidad en procesos de contratación, factores familiares que exigen suplir y que no son satisfechos, manejo de poder, de llegar a ubicarse laboralmente donde puedan estabilizarse, búsqueda de favores y un deficiente y débil sistema de capacitación y empoderamiento de la empresa en la que se desarrollan respecto a los valores que deben liderar sus conductas, a esto se suma una la raquílica sancionan a la corrupción administrativa pública y el lento proceso que eso implica.

Las normas de control interno mencionadas se relacionan con la emisión de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra, el momento que los administradores, máximas autoridades y áreas financieras deben advertir que los fondos certificados en las partidas presupuestarias no afecten a la planificación de las instituciones, debiendo precautelar que los gastos adicionales que se realicen por la emisión de estas figuras no cause un desequilibrio en el contrato que pueda ser objeto de observación por el equipo auditor.

Ha sido relevante analizar los riesgos de la emisión de las órdenes de trabajo y las diferencias de cantidades de obra y sus diferentes actores, aportando de esta manera a visualizar las actuaciones que desde el punto de las acciones de control se ejecutan, la base legal que se utiliza generalmente y el reconocimiento doloroso de que la corrupción es unos de los males que aqueja a la contratación pública no sólo en Ecuador sino en el mundo.

#### **4. Problemas que genera la emisión de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra para el equilibrio económico del contrato**

La emisión de órdenes de trabajo en las diferencias de las cantidades de obra genera problemas distintos y de diverso calado, y todos ellos tienen consecuencias económicas para el Estado, que termina pagando más de lo que había planificado. Se puede entonces, traer a colación la teoría de la imprevisión que conforme Aída Hernández, “se presenta cuando actos o hechos extraordinarios y ajenos a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato, alteran su equilibrio económico en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución, pero haciéndolo más oneroso”.<sup>152</sup>

Se refiere entonces al momento en el que la Entidad Contratante tiene que asumir costos no previstos pero si necesarios para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato, en

---

<sup>152</sup> Aida Patricia Hernández Silva, “La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 14 (2008): 7.

esta línea Libardo Rodríguez respecto al equilibrio económico del contrato indica que es necesaria la equivalencia entre las prestaciones, así como el deber de las partes de mantenerlas conforme lo pactado, pues eso da como resultado el equilibrio económico y financiero del contrato administrativo; sin embargo, cuando las responsabilidades salen de lo acordado en el contrato principal por diversas razones ya expuestas como es para el caso de la emisión de las órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra, se generan algunos problemas que afectan al equilibrio económico previsto, entre ellos se detallan los siguientes:

*Exceso de costo.* En primer lugar, el mantenimiento del precio que fue establecido por las partes durante los estudios previos se constituye en el principal elemento de medición del equilibrio económico del contrato administrativo. Por pequeño que sea el incremento de un porcentaje, del costo, y pese a que el administrador del contrato se ocupa de gestionar la existencia de la partida en el presupuesto, es uno de los problemas más graves, pues atenta contra el equilibrio económico del contrato directamente. E indirectamente atenta contra las arcas públicas, al exigirles una erogación inicialmente no planificada, ya que el Estado, pese a lo que muchos políticos y funcionarios puedan creer, no posee recursos ilimitados.

*El principio de la buena fe.* En este principio el riesgo está en que puede el administrador del contrato, a nombre de la Administración pública, ejercer sus potestades sin motivación suficiente, usando la ley en una interpretación elástica, para obligar al constructor a hacer modificaciones que se le ocurrieron a posteriori que no resultan indispensables. Sobre la buena fe manifiesta Sainz Moreno que: “La posición preminente de la Administración es una posición de servicio a la comunidad. Siendo esto así, el lugar institucional que la Administración ocupa no solo no excluye la aplicación del principio de la buena fe, sino que exige su máxima vigencia”.<sup>153</sup> Demuestra mala fe cuando causa inconvenientes al exigir cambios no suficientemente justificados.

*Sospechas de ineficacia.* Que un contrato requiera de una partida presupuestaria adicional permite colegir que el trabajo técnico realizado no fue muy bien hecho. Lo mínimo es concluir que quienes estuvieron a cargo de esa parte fueron descuidados en la realización de sus tareas.

Los riesgos en la ejecución de obras difieren sustancialmente dependiendo de la naturaleza y características propias de cada proyecto, si bien las condiciones contractuales son claras, cuando estas se tienen que adecuar a las necesidades y por ende salirse de lo contractual se evidencia error en el proyecto, ya sea que surja desde los estudios, la planificación o la

---

<sup>153</sup> Fernando Sainz Moreno, “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, *Revista de Administración Pública*, n. ° 89 (1979): 311.

misma ejecución contractual, que muchas de las veces responde a inobservancia del administrador, correcta actuación del fiscalizador e incluso la adecuada diligencia del contratista.

Retraso de las obras. Uno de los problemas más acuciantes es la no entrega de la obra, por tanto, la imposibilidad de su utilización para la población. Aquí conviene plantear la cuestión en términos del lucro cesante para el Estado en caso de que fuese a cobrar por el uso de las instalaciones motivo de la obra, y del perjuicio que se le causa a la ciudadanía en la eventualidad de que requiera su utilización de manera prioritaria.

Estos retrasos se generan en vista de que los contratistas muchas de las veces no pueden ejecutar la parte de la obra que corresponde a órdenes de trabajo y diferencias en cantidades de obra, mientras que no sean debidamente pagadas por la Entidad Contratante, es decir, la Entidad deberá realizar previamente la erogación del gasto para la ejecución de la obra; y, en la práctica, por temas Administrativos de las Entidades Públicas, estos pagos suelen tardar en realizarse, más aun cuando existe la necesidad de que medie una certificación presupuestaria.

Varias características tienen el contrato administrativo de obra, su plazo es definido, por lo que se extingue en el tiempo y esta condición se define en el marco legal o la documentación de la contratación. Debe tener para el inicio un presupuesto aprobado, incluye además un objeto de contratación que cubra las necesidades reales del Estado. Las condiciones como de entrega de anticipo, las instrucciones escritas del fiscalizador que se tornan órdenes administrativas, dependerán de la naturaleza, conforme constan en los modelos de contratos oficiales, los plazos pueden variar en días o años, según convenga, debiendo en los estudios analizar los componentes que para su ejecución requiere y desarrollar así un concepto de contratación pública eficiente y eficaz; sin embargo, este plazo suele verse afectado por todas aquellas circunstancias no previstas que se generan en la ejecución contractual, como suspensiones de plazo, demoras Administrativas, permisos, contratos complementarios, entre otros.

Sospechas de corrupción.- Entre los varios problemas que presenta se encuentran los netamente legales, que lleven a actuar a los organismos de control competentes a, tal como lo establece el artículo 15 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,<sup>154</sup> en el sentido de realizar controles posteriores a los procedimientos de contratación.

Dada la complejidad en la ejecución de obras, la interrelación entre el contratista y los eventos a suscitarse resulta incierta, los componentes en la construcción pueden terminar

---

<sup>154</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.

siendo ocultos por otros componentes, es decir, la Entidad Contratante, depende de que la fiscalización y la administración del contrato, valide correctamente que el trabajo es realizado conforme los estándares requeridos y en el caso de órdenes de trabajo y diferencias en cantidades de obra sean realmente necesarias y no se conviertan en un beneficio para el contratista.

Una vez identificada la problemática que surte de la emisión de órdenes de trabajo y la diferencia de cantidades de obra, se puede considerar varias acciones desde la esfera de lo público y privado para apalear las dificultades que estas figuras generan. En primera instancia, y aunque sea utópico para muchos, la capacitación en cuanto a ética y moral ayudaría a un cambio de conciencia en los funcionarios públicos y los privados.

La implementación de políticas de *compliance* que asegure en las instituciones el cumplimiento normativo; pagar salarios justos y dignos a los funcionarios que manejan actividades de contratación pública, con la finalidad de que sus necesidades se encuentren satisfechas y no requieran de la búsqueda de ingresos fáciles por entrega de información o puedan caer en inconductas.

La correcta elaboración de los términos de referencia y especificaciones técnicas de los procesos son la clave para una ejecución presupuestaria racional, evitando así la generación de formas de modificación del contrato administrativo de obra, por ende el desequilibrio del contrato si fuera todo en aumento, pues si tiene decrementos significa que las especificaciones técnicas o TDR ha fallado.

Capacitar a los servidores públicos respecto a las responsabilidades que ante la Contraloría General del Estado son responsables, sus consecuencias e impactos incluso en su familia, es vital para que las personas tomen conciencia de sus actos y respondan por ellos.

Debe eliminarse de los mandos jerárquicos superiores cualquier tipo de permisividad y tolerancia ante funcionarios que sean susceptibles de corromperse, debiendo exigir siempre que se cumplan los deberes constitucionales de todo ecuatoriano: decir la verdad (no mentir), no robar y no ser ocioso, pues estas inconductas empañan la reputación de las áreas de compras públicas.

## **5. Responsabilidad del administrador del contrato en la emisión de órdenes de trabajo y las diferencias en cantidades de obra**

De acuerdo con los principios de legalidad y juridicidad prescritos en los artículos 226

de la Constitución de la República del Ecuador <sup>155</sup>y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo,<sup>156</sup> que establecen “que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución”, en instrumentos internacionales, en la ley, los principios y en la jurisprudencia aplicable,<sup>157</sup> la Administración Pública debe cumplir con el objetivo de proteger los recursos públicos y velar por los intereses y satisfacción de las necesidades de la ciudadanía, en este sentido en la fase contractual de los procedimientos de contratación pública de obras se denota la figura del administrador y fiscalizador quienes en sus funciones controlan y autorizan la erogación de recursos públicos conforme el cumplimiento del objeto contractual, es decir, actúan de conformidad con las disposiciones legalmente emitidas.

En este contexto, las responsabilidades del administrador del contrato se hallan inmersas en “velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato”,<sup>158</sup> dentro del plazo contractual, por lo que, dentro de la ejecución del contrato, adoptará las acciones que sean necesarias para cumplir con su objeto, evitar retrasos injustificados, imposición de multas y sanciones a que hubiere lugar, entre otros.

Sobre la figura y las funciones que debe cumplir el administrador del contrato administrativo establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 70:

Administración del contrato.- Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones.<sup>159</sup>

Así mismo, el artículo 530, numeral 10 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP n.º RE- SERCOP-2016-0000072<sup>160</sup> establece como atribuciones comunes del administrador del contrato, a más de las establecidas en la ley y el instrumento contractual

---

<sup>155</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*.

<sup>156</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Suplemento 31, 31 de julio de 2017.

<sup>157</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*.

<sup>158</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*.

<sup>159</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, , art. 70.

<sup>160</sup> Ecuador, *Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Edición Especial245, 29 de enero de 2018.

entre otras: “1. En los contratos cuya forma de pago sea del 100% contra -entrega del producto, y siempre que no se haya establecido condición alguna respecto del inicio del plazo contractual, este inicia a partir del día siguiente de la suscripción del respectivo contrato. 2. En los contratos cuya forma de pago sea con anticipo, el plazo inicia a partir del día siguiente de la notificación por escrito por parte del administrador del contrato respecto de la disponibilidad del anticipo. 3. En las contrataciones de obras, el plazo inicia desde el día siguiente de la autorización por escrito de inicio de la obra por parte del administrador del contrato, para ello se deberá notificar previamente la disponibilidad del anticipo, si es que se hubiere contemplado. Sólo por excepción el administrador del contrato podrá autorizar el inicio de la obra, luego de suscrito el contrato y sin que se acredite el anticipo, siempre que el contratista así lo solicite por escrito, quien asumirá a su riesgo el inicio de la obra y luego no podrá alegar a su favor el principio de la mora purga la mora. 4. En otros casos, debidamente justificados, el plazo de ejecución contractual corre a partir de día cierto y determinado en el proyecto de contrato; o de establecerse el cumplimiento de una condición, como por ejemplo la entrega de información por parte de la entidad contratante”.<sup>161</sup>

Entonces, en las cláusulas del contrato se encontrarán las obligaciones que tiene el administrador de este, entre las que se cuentan pagos, contratos complementarios, terminación del contrato, etc. Por tanto, es el administrador quien realiza las emisiones de órdenes de trabajo y de cambio de diferencias en cantidades de obra, es decir, la responsabilidad es completamente suya. Ya que además es quien gestiona, con la aquiescencia del fiscalizador, la partida presupuestaria que precisa para pagar los rubros adicionales que crea mediante estas órdenes.

La Contraloría General del Estado, por su parte, en el conjunto de normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, respecto al administrador del contrato en la Norma de Control Interno 408-17 indica que:

velará porque la obra se ejecute de acuerdo con lo planeado y programado, pero sin tomar parte directamente en la ejecución rutinaria de las tareas que aseguren su cumplimiento, antes bien, debe lograrlo mediante la delegación y supervisión de esas tareas, la comunicación constante con el personal encargado de llevarlas a cabo, la aplicación de su autoridad para dirimir o resolver cualquier problema que no puedan manejar los niveles inferiores y motivar al personal con el fin de que brinde lo mejor de sí para lograr el éxito del proyecto. Es función del administrador del contrato establecer un sistema que evalúe el logro de los objetivos,

---

<sup>161</sup> Ibid.

mediante el cual pueda obtenerse información sobre su estado. Esto con el fin de tomar oportunamente acciones correctivas o para informar a las autoridades de la entidad sobre el desarrollo del proyecto.<sup>162</sup>

Dispone que este deberá vigilar que la ejecución de la obra se haga de acuerdo con lo que se ha programado, lo que no le otorga competencias para participar en la ejecución de la obra, debe conseguirlo a través de la delegación y supervisión, así como de la comunicación con los encargados de la construcción de la misma. Las funciones del administrador del contrato, entre otras son las siguientes:

- a) Velar y responsabilizarse porque la ejecución de la obra se realice de acuerdo a lo programado;
- b) Coordinar con las dependencias estatales o privadas que, en razón de sus programas o campos de acción, tengan interés en participar en la etapa de construcción del proyecto;
- c) Establecer un sistema para medir el logro de los objetivos definidos, de manera que oportunamente se obtenga información exacta sobre su estado y se comuniquen los resultados a las autoridades institucionales competentes;
- d) Velar porque se efectúen evaluaciones periódicas del proyecto;
- e) Autorizar el inicio de la obra o de cualquier trabajo no contemplado en los planos originales, que deba cargarse a los fondos destinados al proyecto;
- f) Coordinar su trabajo con el Jefe Fiscalizador del Proyecto que se encarga de la administración cotidiana del proyecto;
- g) Establecer la estructura organizacional apropiada para la ejecución de la obra, considerando todos los aspectos que intervienen en ella financieros, legales, de suministros, etc. aunque éstos no sean constructivos y definir las funciones, responsabilidades y autoridad de los participantes; asimismo, proporcionar el apoyo logístico requerido. En el caso de fiscalización realizada por contrato, el Administrador del Contrato debe realizar una supervisión responsable sobre todas las labores; y,
- h) Intervenir en las actas de entrega recepción provisional, parcial, total y definitiva.<sup>163</sup>

A la luz de las funciones que tiene el administrador, es evidente que la responsabilidad sobre la emisión de órdenes de trabajo y de cambio en las cantidades de obra es por entero de quien es nombrado para vigilar y controlar todos y cada uno de los aspectos de la obra.

Por último, el Servicio Nacional de Contratación Pública, en su Modelo de Pliego de los Procedimientos de Contratación de Obras-Condiciones Generales de la contratación de obras, estipula:

3.1.10. Administrador del Contrato.- El administrador del contrato es el supervisor designado por la máxima autoridad de la entidad contratante, o su delegado, responsable de la coordinación y seguimiento de las actividades de construcción y de las acciones del fiscalizador. Corresponde, en todos los casos, evaluar las acciones, decisiones y medidas tomadas por la fiscalización para la ejecución de la obra, con estricto cumplimiento de las

---

<sup>162</sup> Ecuador, *Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 87, Suplemento, 14 de diciembre de 2009, 408-17.

<sup>163</sup> *Ibíd.*

obligaciones contractuales, conforme los programas, cronogramas, plazos y costos previstos; y, emitir la autorización o conformidad respectiva. Solo contando con la autorización del administrador del contrato, el contratista podrá ejecutar las obras adicionales por costo más porcentaje, aumento de cantidades de obra y contratos complementarios.<sup>164</sup>

Es decir, velar por el cumplimiento de las especificaciones técnicas, de la entrega en el plazo definido, de la normativa laboral, entre otras., son funciones del administrador, por tanto, al ser las órdenes de cambio y de trabajo de uso excepcional, la responsabilidad del administrador está en no solicitarlas a menos que realmente se cumpla con la premisa del beneficio mayor, es decir, de la ciudadanía.

Por lo expuesto se colige que el Administrador del contrato es el responsable de cuidar y lograr el cumplimiento de las especificaciones técnicas, de la entrega en el plazo definido, de la normativa laboral, entre otras, son funciones del administrador, por tanto, al ser las órdenes de cambio y de trabajo de uso excepcional, la responsabilidad del administrador está en no solicitarlas a menos que realmente se cumpla con la premisa del beneficio mayor, es decir, de la ciudadanía y que corresponda evidentemente al cumplimiento del objeto contractual bajo las condiciones preestablecidas por la ley, puesto que será el Administrador del Contrato luego del proceso correspondiente en el que interviene el fiscalizador, el responsable de la erogación de esos recursos públicos, considerando que es quien conoce el estado del proyecto y responde a sus necesidades para su cumplimiento.

Con las responsabilidades descritas para los administradores de contrato que se describen en la misma LOSNCP, la LOGGE y su reglamento, además de las Normas de Control de la Contraloría General del Estado, la emisión de órdenes de trabajo y ordenes de trabajo o diferencia en cantidades de obra, existen ventajas y desventajas. En las primeras identificamos que la designación de un funcionario en calidad de administrador de contrato resguarda los intereses del Estado, por ello precautela el bien común, así se logra orden y seguimiento a la ejecución de la obra.

Al tener la posibilidad de que en un solo contrato pueden emitirse varias órdenes de trabajo y diferencias en cantidades de obra, siempre que no superen el monto establecido para el efecto, con su emisión se permite la creación de rubros nuevos, sin necesidad de elaboración de contrato complementario, lo que optimiza el tiempo de la administración en trámites administrativos, facilita al administrador del contrato la obtención de recursos para cumplir

---

<sup>164</sup> Ecuador SERCOP, *Modelo de Pliego de los Procedimientos de Contratación de Obras- Condiciones Generales de la contratación de obras*, num. 3.1.10, 9 de junio de 2017.

con la ejecución del objeto contractual y permite que pueda subsanar los imprevistos que en la obra se pudieron generar y que no fueron contemplados en los estudios.

Desde mi experiencia, las desventajas en la generación de órdenes de trabajo y diferencias de cantidades de obra, podrían relacionarse a actos de corrupción de los administradores de contrato son el sobreprecio, en el exceso de gasto sin justificaciones técnicas, incremento del gasto público y el desequilibrio económico del contrato y autorizar las figuras sin medir el riesgo. Por lo descrito se advierte que la administración del contrato es muy sensible y requiere conocimiento técnico y criterio de racionalidad, además de férreos principios para el manejo honesto del dinero del estado.

La solución para una administración del contrato adecuada es en primera instancia la capacitación en normativa de contratación pública, enfocada a entender desde cómo nace el contrato administrativo, los principios que le rigen, las formas de modificaciones y las responsabilidades desde el derecho sancionador sería un primer paso ideal en el mundo de los administradores de contrato.

## Conclusiones y recomendaciones

### Conclusiones

Al finalizar este trabajo de investigación sobre la emisión de órdenes de trabajo y de cambio relacionadas con las diferencias en las cantidades de obras, se llega a varias conclusiones, estas son:

El contrato de obra para el Estado reviste de mucha trascendencia pues es el producto de un proceso de contratación de obra que va a satisfacer las necesidades de la entidad y por ende de la población que se sirve de las entidades y de sus infraestructuras.

El concepto propio de la autora es que el contrato administrativo de provisión de obras civiles es un instrumento que se rige por la jurisdicción público administrativa y supletoriamente por la legislación para los privados como el Código Civil en Ecuador.

Pese a lo anterior, se ha identificado que un patrón recurrente fue una deficiente planificación de la contratación en la etapa preparatoria y el adecuado levantamiento de las especificaciones técnicas es una de las actividades que mantiene deficiencias en la administración pública, lo que desemboca en la emisión de las órdenes de trabajo y diferencias en cantidades de obra.

La existencia del cambio normativo fue favorable para la contratación nacional en cuanto a obra pública, pues la limitación de porcentajes de ejecución hace que los contratos sean cautelosamente administrados.

Aunque a la fecha de la realización de esta investigación, no se cuenta con una fuente de información en la que se detalle el número de contratos de obra y el número de emisiones de órdenes de trabajo y diferencias de cantidades de obra emitidas por los administradores, podría ser materia de una nueva investigación.

Se identifican en los problemas que se generan en la ejecución de los contratos de obras públicas derivados de las de trabajo y las diferencias en cantidades de obra, emitidas por el administrador de contrato, estos son varios, la desventaja principal es el aumento del precio del contrato inicial y posibles actos de corrupción en los que podrían incurrir los funcionarios públicos como se ha identificado en los medios de comunicación y en los exámenes especiales de los equipos auditores de la Contraloría General del Estado.

Se identifican ventajas y desventajas en la generación de órdenes de trabajo por el

administrador del contrato, el hecho de que pueden ser varias, pero que no superen el monto establecido por la ley y que no se necesita de un contrato complementario, hacen que sea un ejercicio de las competencias del Administrador del contrato.

Existen actividades de seguimiento y control que están llamados a cumplir el administrador de contrato y el fiscalizador conforme la Norma Interna de la Contraloría General del Estado.

Es necesario que el Estado adopte políticas de control de recursos públicos que no se queden únicamente en el campo de la Contraloría y los equipos auditores, sino que esté enfocada a propender una cultura de un mejor uso de los recursos públicos.

Se concluye que administradores y los fiscalizadores deben ser funcionarios dedicados exclusivamente a estas tareas durante el tiempo que dure el contrato, para que se enfoquen en el control y la supervisión.

Finalmente, el contrato administrativo es un instrumento que precisa de ser permanentemente actualizado a medida que las condiciones en que funciona varían por el desarrollo de las sociedades y la creación de formas de saltarse la ley por parte de algunos individuos, siendo vital implementar mecanismos de control más eficientes por las máximas autoridades y los administradores de contrato.

## **Recomendaciones**

Las máximas autoridades de las instituciones públicas deben implementar planes de capacitación permanentes en favor de los Administradores de contratos de contrato de obra con la finalidad de que estén preparados para administrar los contratos que tienen un alto componente jurídico.

Las entidades públicas deben establecer políticas de control de corrupción en la contratación pública, a través del empoderamiento y sentido de pertenencia a las instituciones, buscado como objetivo revalorar a su lugar de trabajo y tomar conciencia del honor de administrar el recurso público para el bien común.

Los estudios técnicos estudios, los informes de resultados de los consultores, la contratación de asesoría en los procesos de contratación de obra son el marcador para determinar si habrá una administración contractual fluida o se generarán impases, debiendo exigir la máxima autoridad y los jerárquicos de las áreas técnicas que los funcionarios públicos que elaboraron equivocadamente las especificaciones técnicas se responsabilicen por ello y sean amonestados por negligencia y omisión.

Debe realizarse una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el reglamento, que limite el número de órdenes de trabajo y diferencia de cantidades en virtud del porcentaje, pues existe demasiada dispersión normativa.

Las instituciones públicas deben regirse a la legalidad en los actos de la administración pública, por lo cual deben respetar totalmente los porcentajes y la documentación que avala la generación de las órdenes de trabajo y diferencia de cantidades y precio.



## Bibliografía

- Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. San Pablo: Malheiros, 1993.
- Barrera Espín, Boris. *Los contratos de obras públicas*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 1999.
- Berçaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
- Codina García-Andrade, Xavier. “La modificación de los contratos y la protección del interés general”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- Coviello, Pedro José. “El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?”. *Derecho PUCP* 66 (2011): 169-94.
- Danós Ordoñez, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. En *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho administrativo*, Eloy Espinoza-Saldaña Barrera y Jorge Danós Ordoñez, coords., 40-112. Lima: Palestra Editores, 2007.
- De la Puente, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial, 1991.
- De Laubadére, André, Franck Moderne, y Pierre Delvolvé. *Traité des contrats administratifs*. París: LGJD, 1983.
- Dromi, José Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- Ecuador Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. *Resolución n. ° 922-22-02-2018-E*. 22 de febrero de 2018.
- Ecuador Contraloría General del Estado. *Norma de Control Interno de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 87, Suplemento, 14 de diciembre de 2009.
- . *Auditoría de proyectos y ambiental DP Esmeraldas DR10-DPE-APyA-0008-2016*, 3 de mayo de 2016.
- Ecuador Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo. *Manual de procedimientos contractuales para los contratos de ejecución de obras, adquisición o arrendamiento de bienes o prestación de servicios, incluyendo los de consultoría contenidos en la Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Resolución SOT-DS 018*, 7 de junio de 2016.

- El Universo. “Sobrepuestos llegaron hasta el 1.156% en obras emblemáticas en Ecuador, según tres empresas auditoras extranjeras”. *El Universo*. 8 de enero de 2019. <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/01/08/nota/7128053/sobrepuestos-llegaron-hasta-1156-obras-emblematicas/>.
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho administrativo*. Ciudad de México: Secretaría de Gobernación / Secretaría de Cultura / Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.
- Fernández, Tomás Ramón. “Las obras públicas”. *Revista de Administración Pública* 100 (1983): 2427-70.
- Francos Rodríguez, Jesús. “El Ius Variandi como potestad de la Administración en los contratos administrativos”. *Medina Garrigó Abogados*. Accedido 12 de mayo de 2021. <http://www.mga.com.do/el-ius-variandi-como-potestad-de-la-administracion-en-los-contratos-administrativos/>.
- Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. Ciudad de México: Porrúa, 1994.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Lima: Palestra, 2006.
- García Martínez, Francisco Javier. “Insolvencia sobrevenida del adjudicatario en los contratos administrativos, ¿conservación o resolución del contrato?”. En *La contratación pública a debate: presente y futuro*, editado por Patricia Valcárcel Fernández, 370-413. Cizur Menor: Civitas, 2014.
- . *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- Ghozi, Alain, y Denis Tallon. *La Modification de l'obligation par la volonté des parties: étude de droit civil français*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.
- González García, Julio V. *El contrato de obras en la Ley 9/2017, de contratos del sector público*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2018. <https://eprints.ucm.es/47017/1/CONTRATO%20DE%20OBRAS.pdf>.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Vol. XI. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.
- Hoepffner, Hélène. *La modification du contrat administratif*. París: Lextenso, 2009.
- Horgue Baena, Concepción. *La modificación del contrato administrativo de obra*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Juristo Sánchez, Rafael. “La ejecución del contrato de obra pública”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- Linares Jara, Mario. 2009. «Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales,

función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa.»  
*Círculo de Derecho Administrativo* (7): 175-90.

Marienhoff, Miguel. 2011. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Parlamento Europeo. “Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE)”. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 94/65, 26 de febrero de 2014.

Pérez, Efraín. *Derecho administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Pérez Hualde, Alejandro. *Contratos administrativos*. Buenos Aires: Versión Crítica, 2002.

Proaño Navarrete, María José. “Análisis de las prórrogas y suspensiones de plazo en los contratos de obra pública en el Ecuador: efectos jurídicos”. *Tesis de maestría*, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2019.

Ramírez Hernández, Rebeca. “Consideraciones etimológicas sobre los términos contrato y convenio”. *Gestión* 9, 2 (2001): 7-11.

Recaséns Siches, Luis. “El contrato: Su ubicación en el derecho y su fuerza de obligar”. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* 8, 29 (1946): 93-125.

Robalino Orellana, Javier. “Los contratos administrativos y el derecho internacional de la inversión: Una breve aproximación”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 1 (2009): 33-57.

Sáinz Moreno, Fernando. “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”. *Revista de Administración Pública* 89 (1979): 293-314.

Simental Franco, Víctor. “Contratos. Consideraciones en torno a su definición”. *Revista de Derecho Privado* 21-22 (2008-2009): 99-123.

Trelles de Belaunde, Oscar. “El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos”. *Themis* 44 (2002): 237-51.

Trejo Hernández, Irene Emilia, y Montserrat Páez Rodríguez. “Contrato de obra pública: Su problemática normativa”. *Amicus Curiae* 2, n.º 4 (2013): 2-14.

Valencia Zea, Arturo, y Álvaro Ortiz. *Derecho civil*. Bogotá: Temis, 2016.

Vázquez Matilla, Francisco Javier. *La modificación de los contratos públicos*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2014.

Zegarra Valdivia, Diego. *Derecho administrativo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.